


KÖPRÜLÜ KÜT
618



اکر

ملكه بعناية الله تعالى العبد الفقير
محمد بن ابي السعود بن ...
عفا الله تعالى عنهم سنة



فهرست هذا الجلد الشريف

كتاب البيوع

كتاب البيوع لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي فيها
وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع قيد مبادلة المال
بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ويقال باعه الشيء
وباع منه ولاشتماله على الانواع الآتي ذكرها جمعه وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة فانه عم بعث
والناس يتبايعون فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع فانه لم ينكره احد من المليين وغيرهم وبالمعقول وهو
سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدر بتعاطيهما يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير وركنه الايجاب والقبول وما دل على ذلك
وشرطه من جهة العاقدين العقل والتمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على
التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه مملوكا له لان ذلك التصرف ليس
بشرعي مطلقا لنهي النبي عم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة
وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وانواعه باعتبار المبيع اربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة و
بيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك
المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول
الانعقاد ههنا تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات وسمي ما تقدم من كلام العاقدين
ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل سمي كلامه قبولا وح لا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا وشرط
ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو
كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة واما كونه
شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا منه والشرع قد استعمل
الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا تقرير كلام الشيخ ولا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله لفظ
الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظ قال ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان النبي عم استعمل
فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة
لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال واما
اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليله لان صيغة الاستقبال تحتمل
الحال فتصح النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال ووقوعه للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل
وهو انما يكون بالسين وسوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم
انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال
انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال

على ما عرف

على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول لا يقال سلمناه انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل
وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المحتاج الى النية انما هو ارادة المجاز لان الحقيقة لا تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه
دافع للمعقول دون الاثر فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة
الشرعية فيها هو لفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية قوله بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال
زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح قال
قوله رضيت او اعطيتك هذا بيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت هذا
بكذا فقال رضيت او اعطيتك اي الثمن وقال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيتك اي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة
المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه امر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون
الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود
وقيده بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع مقتضيه ولهذا اي
ولكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق المعنى وهو التراضي وقوله هو الصحيح
احتراز عما قال الكرخي البيع انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله ثم ان محمدا اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع
يكفي في تحققه قال واذا اوجب اذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء رددت
وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي فافرضناه بيعا
لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال الغير
فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بايجاب البائع
وهو حق المشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير فالجواب ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة
للبائع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة
الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله
لانتفاء ما هو اقوى منه قال وايهما قام الى آخر المجلس يجوز ان يكون جوابا عما يقال لما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس
لم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او يتوقف على ما وراء المجلس وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري
وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا بالبائع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب
فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للضرر وتحقيقا لليسر فان قيل لم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك والجواب انهما اشتملا
على اليمين من جانب الزوج والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس قال والكتاب
كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدي فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بالف فاذهب
اخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبر الرسول المرسل اليه فقالا في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشترينا وقبلنا
تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر لان النبي عم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء
في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير فنقل كلام المرسل اليه قال وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البائع في شيئين فصاعدا
واراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة





فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردى فى البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردى به فلو ثبت خيار قبول العقد فى احدهما لقبل المشترى العقد فى الجيد وترك الردى فزال الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع لا محالة وهذا التعليل فى الصورة الموضوعة صحيح واما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل البائع فى نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال يتضرر البائع بسبب الشركة فان قيل فان رضى البائع فى المجلس هل يصح ولا اجيب بان القدورى قال ان يصح ويكون ذلك من المشترى فى الحقيقة استينافا لا ايجابا لا قبولا ورضى البائع قبولا قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفى القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضى البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سياتى وان كانت الصفقة متفرقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البائع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى والصفقة ضرب اليد على اليد فى البيع والبيعة ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتر وبيع وشراء وباتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحد الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بالف فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والاخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا واتحاد الجميع سوى البائع كان قالا بعناك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشترى كان قال بعتكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا واما اذا تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع وكذا تفرق المشترى مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا واستحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول ابى ح رح ويوجبه على قول صاحبيه قال وايهما قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل فى المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا ف الدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب وعدم رؤية خلافا للشافعى فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله عم البيعان (المتبايعان) بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان ولنا ان فى الفسخ ابطال حق الاخر وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين فى الاولين مجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه والفرق بينهما ان احدهما مراد والاخر محتمل للارادة لا يقال العقود الشرعية فى حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقى بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما والكلام فى حقيقة الكلام وهذا التاويل منقول عن ابرهيم النخعى رح وقوله والتفرق تفرق الاقوال جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو ممتنع باجماع متكلمى اهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فاوجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب

بان اسناد

بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الاية وقال لا نفرق بين احد من رسله والمراد التفرق فى الاعتقاد وقال عم ستفترق امتى على ثلث وسبعين فرقة وهو ايضا فى الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه وما كان عليه ايضا كذلك على ان ذلك يصح على مذهب ابى يوسف رح لا على مذهب ابى ح رح فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى الجهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده وهذا قول مالك رح ليس لهذا الحديث حد معروف ونقول التفرق يطلق على الاعيان والمعانى بالاشتراك اللفظى ويترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا مرادا حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التاويل اعنى حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رح قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها الاعواض المشار اليها ثمنا كانت او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها فى جواز البيع لان بالاشارة كفاية فى التعريف المنافى للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف لا يفضى الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه فى التعريف وكون التقابض ناجزا فى البيع بخلاف السلم على ما سياتى وهذا انما يستقيم اذا لم يكن الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربوا وانما لم يقيد فى الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا الباب ليس لبيانه قال والاثمان المطلقة لا يصح الا ان يكون معروف القدر والصفة الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الا ان يكون معلوم القدر كعشرة ونحوها والصفة ككونه بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخى المبيع ما يتعين فى العقد والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم يتعين عند الشافعى فى البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال ابو الفضل الكرمانى فى الايضاح الثمن ما كان فى الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت فى الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طريقى اصحابنا فى الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التى ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت فى الذمة الى اجل بدلا عن عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم فى كونها دينا فى الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهى مبيعة وان قابلها عين وهى معينة فهى مبيعة واثمان لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الاخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا وان كانت اعنى المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا وان دخلت فى غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعا ولا يصح الا سلما بشروطه هذا ملخص كلامهم فى هذا الموضع واقول الاعيان ثلثة نقود اعنى الدراهم والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز فى اللفظ بدخول الباء وعدمه ومؤجل البيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع ولما روى انه عم اشترى من يهودى طعاما الى اجل ورهنه

درعه لكن لابد وان يكون الاجل معلوما لانه يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخره الى بعيدها قال ومن اطلق الثمن كان على غالب نقد البلد ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها واعلم اني ذكرت في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب حلا له فاني وجدت من الشارحين رح من تصدى كذلك على ما ينبغي فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الاروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم واذا عرف هذا فقوله فان كانت النقود مختلفة يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل في المالية من المغربي اذا فرض استواؤهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدها في المجلس وقوله ويكون احدها اغلب اروج فيه ينصرف البيع اليه تحريا في الجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان كون احدها اروج اعم من ان يكون مع اختلاف في المالية او مع استواء والبيع جائز فيهما وقوله وهذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الثاني اعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا والثلاثي وهو يكون الثلثة منه دانقا والنصرتي اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري ببخارى والاختلاف بين العدالى بفرغانة وفقهاؤها وراء النهر يسمونها الدرهم عدليا وكل هذا مختلف في المالية مع التساوي في الرواج وقوله فان كانت سواء فيهما اي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتأخرون من المشايخ وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوها من اي نوع كان من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف في المالية وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي الى قوله جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالثنائي الخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلثة منه دانقا لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن ان يكونا في الرواج سواء هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم بالصواب

قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسياتي في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وامثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلاف جنسه واذا بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لا دلالة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ويجوز باناء بعينه اذا باع الطعام او الحبوب باناء بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره بما جاز لان الجهالة ما تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع معجل

فيندر هلاك كل منهما من الاناء والحجر قبل التسليم قيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام ياخذ ايهم شاء ويرد الباقين او اشترى باي ثمن فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسد للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لابد وان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين في الاول لعدم الثمن في الثانية وروي عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز باناء مجهول القدر وان كان معينا وكذا بالحجر لان التسليم فيه متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي ح في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان العرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما لم يسم شيء من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يبق عدم المجازفة والاظهر يعني من حيث الرواية قال ومن باع صبرة طعام اذا قال البائع بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس او لا فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند ابي ح وجملة القفزان كالاول عندهما لابي ح انه صرف اللفظ الى الكل تعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول او شرط او شرط الخيار اربعة ايام اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب يقيد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارضي فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهوره في اليوم الرابع وباستداد الاجل وقولهما ان هذه جهالة ازالتها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع اما اولا فلانها ترتفع بكيل كل منهما وقيد بقوله بايديهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها اما بيد البائع ان كان هو الراقم او بيد الغير ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالته واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار واجيب لابي ح بان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره فلهذا لم يجوزه ابو ح فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي ح كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكن جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم واما اذا لم يعلم بها فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما ياتي فلا خيار له وفيه بحث اما اولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف ثم اشترى احدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار واما ثانيا فلان قياس قول ابي ح ان لا يخير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كالمشتري قنا مع مدبر فانه لا خيار له في القن بعلمه ان البيع منصرف اليه والحاصل ان الخيار يوجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول ابي ح والجواب عن الاول

اما لانه تفريق الصفقة لان الشراء لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا وانما وقع على نصيب شريكه لاغير لان في
وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف
الى الثمن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام
لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول ابي ح ره وهذا ضعيف لان قولهما ان
الكل مبيع فمن اين التفريق والاولى ان يقال قياس قول ابي ح ره بتفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما ايضا
الكثرة وما ثمه مانع شرعي عن الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة
صرف العقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس بتفريق الصفقة الا ذلك ينبغي ان يقال فكان الواجب ان
يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب بحصر البحث عنه قال وكذا اذا كيل في المجلس وسمى جميع قفزانها يعني كان للمشتري
الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فربما كان في حدسه او ظنه ان الصبرة تاتي بمقدار ما يحتاج اليه فزاد
وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع او نقصت فيحتاج ان يشتري من مكان
آخر وهل يوافق او لا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة واما اذا باع قطيع
غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي ح في الجميع فاسد وقياس قولهما الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه
موجود وفي تلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة
الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او
قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاولى
فظاهرة واما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما
سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني واما عندهما
فهو جائز في الكل لما قلنا قال ومن ابتاع صبرة. اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا بد عند الكيل من ان
يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثاني خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته في الثمن و
بين الفسخ لتفريق الصفقة الموجب لانتفاء البيع باستيفاء الرضا وان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار
معين وهو المائة فكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر اي القدر الزائد على المقدار المعين
ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين
مخيرا فيها ان شاء باشرها او تركها واذا كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم
او ارضا على انها مائة ذراع فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف
في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف
فقد بينه بقوله الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله
كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فهذا اي فلكون الذرع وصفا
لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني الكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذ
بحصته وقولنا الا انه يتخير استثناء من قوله يأخذه بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه كان الزائد للمشتري

ولاخيار

ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء فصار كما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم ان هذه المسئلة من
اشكال مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا يرى انه عبارة عن الطول
والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل او عريض يقال شيء قليل او كثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسعة لا محالة
فكيف جعل الذراع وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف اختلف عباراتهم
في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه
اصل وقال بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل
وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني والكيل لا يتعيب بالتبعيض و
المذروع يتعيب وعشرة اقفزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة للمشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما
اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقفزة واما الذرع الواحد من الثوب والدار اذا انتقص
كان الباقي لا يشتري بالثمن الذي كان يشتري معه فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة
الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل او
الوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان الذرع و
لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء في الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى
عبدا واعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد
الوصف المذكور اجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما
اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم وحكما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري ولحق الشرع
بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ قسطا بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتكها يعني الثياب او
المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المعيب ان كان ثيابا لم يكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها
على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن او ترك لان الوصف
وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب هذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من
الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع الثمن لم يكن المشتري
اخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم فان كلمة على تاتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة
الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة
عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام الآحاد على الآحاد واجيب بان الذرع اصل من وجه من حيث انه من
اجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة ثم لو جعلنا
عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فعملنا بالوصفية عند ترك
ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون علة
لها والاولى ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنيا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف انما يصير
اصلا اي شيئا بالاصل اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زيادة اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اماخيا

خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة فى الذرع لزمه الزيادة فى الثمن وفى ذلك ضرر فكان فى معنى خيار الرؤية فى دفع الضرر
فيتخير واما لزوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا مشروطا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما
الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد واردا على اثواب
عشرة وقد وجدت احد عشر او تسعة على ما يأتى واما الثانى وهو ان الذرع لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة
فى العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هى احد عشر فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا
دخلت فى تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضى الى المنازعة و
الذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثانى بان الذرعان الزائد لو لم يدخل كان باقيا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا
بالدخول تحرزا عن التجوز والقفيز الزائد ليس كذلك قال ومن اشترى عشرة اذرع شراء عشرة اذرع من مائة ذراع من دار
او حمام اعنى ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فسد عند ابى حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة
اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة سهم فى كونهما عشرا فتخصيص الجواز باحدهما
تحكم ولابى حنيفة ان الذراع حقيقة فى الآلة التى يذرع بها واريد بها ههنا ما يحله فيصير مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة
المحل وما يحله لا يكون الا معينا متحصا لانه فعل حسى يقتضى محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا ولا يستعمل
فيه الذراع لعدم مجوز المجاز وذلك اى العشرة الاذرع غير معلوم ههنا اذ لم يعلم ان العشرة من اى جانب من الدار فيكون مجهولا
جهالة تفضى الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلى لا يقتضى محلا حسيا فيجوز ان يكون فى الشائع فالجهالة لا تفضى الى المنازعة
فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما فى جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب
القليل من جميع الدار فى قدر نصيبه من اى موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع
من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار فى الصحيح لبقاء
الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان اما اذا عرفت مساحتها فانه
يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال ومن اشترى
عدلا على انه عشرة اثواب عدل الشئ بكسر العين مثله من جنسه فى مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة اثواب
بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده و
الاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة واما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص عنه من المشترى وهى
مجهولة لانه لا يدرى انه كان جيدا او وسطا او رديا وح لا يدرى قيمته بيقين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقى
من الثمن فلا شك فى فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع فى فصل النقصان لكون الثمن معلوما
وله الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز فى فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة
ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند ابى حنيفة فى فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم فى صفقة فكان قبول البيع
فى المعدوم شرط القبول فى الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد فى صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده فى
القن خلافا لهما كذلك هذا واستدل على ذلك بما ذكر محمد فى الجامع رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما
هروى والآخر مروى فالبيع فاسد فى الهروى والمروى جميعا عند ابى حنيفة وعندهما يجوز فى الهروى ووجه الاستدلال ان الفساد

مسئلة

فى مسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة فى احد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما
من الاصل اولى ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يتضرر الباقى وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة
الجامع بقوله جعل القبول فى المروى شرطا للعقد فى الهروى وهو شرط فاسد لان المروى غير منعقد فيه العقد فشرط قبوله مما لا
يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد فى المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم
تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط فى العدد والهروى بفتح الراء والمروى بسكونها منسوب الى
هراة ومرو قريتان بخراسان قال ولو اشترى ثوبا واحدا اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفى النقصان بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف ان زاد اخذه
باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد اخذ فى الاول بعشرة ونصف وفى الثانى بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل
على كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم فيجرى عليه من التجزية وفى بعض النسخ يجرى
عليه اى على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابى يوسف ان بافراد البدل صار كل ذراع كثوب
اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شئ من الثمن لكن يثبت له الخيار وقد تقدم ولابى حنيفة قد ثبت ان الذراع
وصف فى الاصل لا يقابله شئ من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان
الشرط معدوما فزال الموجب لكونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فصار فى الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة
صفة الجودة فتسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلاثة فى الثوب الذى يتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية اما
فى الكرباس الذى لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو فى معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع
وعلى هذا قال المشايخ اذا باع ذراعا منه ولم يتعين موضعه جاز كما فى الحنطة اذا باع قفيزا منها قال فصل مسائل هذا
الفصل مبنية على قاعدتين احدهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل فى البيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان كل ما كان
متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له فى الدخول ونعنى بالقرار الحال الثانية على معنى ان ما وضع لا ان يفصله البشر فى ثانى الحال
ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار فى بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار
يتناول العرصة والبناء فى العرف لا يقال الاسم تناوله البناء فى العرف فانه لم يدخل فى باب الايمان التى مبناها على العرف كما تقدم
لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهى اذا لم تكن داعية الى اليمين لا تتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم تتقيد
ويحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل به اى بالارض على تأويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا
دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسم للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع
فى بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع فى الدار ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل
فى بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس بوسعه فصل الحمل عن الام قال ومن باع نخلا اذا باع نخلا
او شجرا عليه ثمرة فثمرته للبائع الا ان يقول المشترى اشتريته مع ثمره لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط
المبتاع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمر فقال الثمرة
للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان الاتصال وان كان خلقة فيه اشارة الى الاعتبار للحال والمآل والاولى ان لا فرق فيهما
بين ان يكون خلقة او موضوعا ويقال للبائع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشترى عن ملكه بقطع الثمرة

ورفع الزرع وقال الشافعي يترك حتى يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وصار
على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم ان المعتاد عدم القطع الى وقت البدو
والاستحصاد سلمنا لكنه مشترك فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه لان الرضا
بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا فقوله هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه و
تقريره التسليم واجب في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضا ولا يترك الا باجر وتسليم العوض بتسليم المعوض لا يقال فليكن فيما نحن
فيه كذلك لما سياتي ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في كونه للبائع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع
ويكون للمشتري ووجه الصحيح ان بيعه منفردا يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار
قوله واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل في البيع وان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد
بذر فيها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل في البيع لانه مودع فيها كالمتاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في
الارض واما اذا اعفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تبعا ولو نبت ولم يصر له قيمة قال ابو القاسم
الصفار لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان وصحح بعض الشارحين بتشديد النون هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه يعني من جوز بيعه قبل ان ينال له المشافر والمناجل لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا مشفر البعير شفته
والجمع مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل قال ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة
والشجر المثمرة اربعة الاول بعت الارض والشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها
والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها
او من مرافقها ففي الثاني والثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحقوق في العادة تذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب
والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ هذا
اذا كانا في الارض وعلى الشجر واما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به قال
ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لا يجوز والثاني جائز بدا صلاحها بصلاحها
لانتفاع بني آدم او علف الدواب ولم يبد لانه مال متقوم لكونه منتفعا به في الحال او في الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر وذكر
شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزاده ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي عم عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان
البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية اما الاولى فلما اشار اليه محمد
في باب العشر لو باع الثمار في اول ما يطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا في اول
ما اطلع لما وجب العشر على المشتري واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر والجحش
وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث انه محمول على ما اذا باعه بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله عم ارايت لو
اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او بطريق السلم واذا جاز
البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع قوله وهذا اشارة الى الجواز اي الجواز اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع
اما اذا قال اشتريته على ان اتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه
فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير او ان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه لان

تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغيرها والثاني اعارة والاول اجارة وذلك منهي عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو
جازت اعارة الاشجار او اجارتها وليس كذلك نعم هو يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائزة
فيلزم صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها اما اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو القياس لان
شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف
ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد في الارض والشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط
الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم تتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها
فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان تقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده
فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعد ما تناهى
لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حال من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد منها
من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكوكب يعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على
النخيل باستيجار النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف فان التعارف لم يجر فيما بين الناس
باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وهنا يمكن
للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكره واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فيطيب له الفضل فان قيل الاذن بقاء الاذن
فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن اجيب
بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا تحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل
كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه
حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة وقت ادراك الزرع قد يتقدم لشدة الحر وقد يتاخر للبرد والفاسد
ماله تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا الشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل
خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها واثمرت مرة للترك ثمرة اخرى فان
كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض
لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في
مقدار الزائد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه
ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل
الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا شرط ان يكون الخارج اكثر قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع
لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض
ان يشتري الاصول ليحدث الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز جعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان
ثم ضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه بيع الاصول قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم
يجز خلافا لمالك ولم يبين ان مراده الثمر على رؤس النخيل او غير مجذوذ وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب ان مراده ما كان
على النخيل واما بيع المجذوذ فجائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع ثمرا على رؤس النخيل الا صاعا منها يجوز

وموقع الارض فصورة الارض وموقع الشجر فصورة الشجر

يعني المعتاد تركها لا شرطا للترك

البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان التمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كم هي نخلة قال المص قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا يكون مانعة واجيب بانا لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من التمر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو اردى التمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون التمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى لجواز تراضيهما على شيء قال بعض الشارحين يشير الى هذا قوله ارطالا معلومة ورد بانه لو كان المستثنى صاعا او صاعين او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخلو اما ان يبقى شيء بعد الاستثناء او لا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع موازنة وليس الفرض ذلك فجاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع واجيب بان هذا باعتبار المآل واما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانها ليست بمفضية الى النزاع فهو وزن المسئلة ثم قال المص اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه وفي بيع اطراف الحيوان في حمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه بيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراجا بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه يصح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشره لم يصح قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناؤها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم يبق منه جهالة الا في المستثنى منه بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع قال ويجوز بيع الحنطة في سنبلها بيع الشيء في غلافه لا يجوز الا في الحبوب كالحنطة والباقلاء والارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره الاول وكذا بيع الحنطة في قوله

وعن هذا م

[illegible]

الحديد

الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بجنسه ولنا ما روى ابن عمر رضه عن النبي عم انه نهى عن بيع النخل حتى تزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف وقوله ولانه حب منتفع به كالخ جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هو اي المبيع بقشره حب منتفع به من اكل الفولية يشهد بذلك وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الشيخ فذروه في سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير والجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربو حتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهالة قدره في السنبلة فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلقا اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر اليه اشار ابو يوسف قال ومن باع دارا الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق به ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع اغلاقها بناء على ما تقدم ان كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا تسمية لانه كالجزء منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فان قيل علم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار فالجواب ان الداخل في الداخل في الشيء داخل لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا او من حيث السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لا محالة والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة لكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل قال واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايلة او الموزون موازنة او المعدود عدا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما اجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بيع السلعة مفتقر اما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم

ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار
ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم
الدخول في الحكم دون العكس ثم هو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على
اني بالخيار ابدا وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا
او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي رح جائز عند ابي يوسف ومحمد رح سواء كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرط احدهما
الخيار لغيره وجه قول ابي حنيفة رح في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لآمة اصابت راسه فقال له رسول
الله صلعم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام والخلابة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى
العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه
فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عديتم في من له الخيار فليتعد في المدة فالجواب ان في النص اشارة
الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى
الغرر يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر رض ان النبي صلعم اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما
شرع للحاجة الى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتاجيل في الثمن
فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رض سلمنا انهما سواء لكن المذكور
في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية والعيب فانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة
كالقليل في الحاجة فان صاحب الحادثة كان مصابا في الراس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت لكان اولى بها فدل على ان المقدر
لنفي الزيادة سلمناه لكن في الكثير معنى الغرر زيادة وقد تقدم والقياس على التاجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشرع للقدرة
على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء
عن قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون من
قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور وهو كونه لا استثناء منقطعا والاول اولى لعوده خلافا لزفر فانه قال زفر
يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين
او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد ورطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة
لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي حنيفة رح انه اسقط المفسد اعلم ان مشايخنا اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول
ابي حنيفة رح فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب اهل خراسان ومنهم الامام
شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط المفسد قبل تقرره اي قبل مضي ثلثة
ايام تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامهما على الشرط فاذا اسقط الخيار
قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا لعينه بل لما فيه من تغيير مقتضى
العقد في اليوم الرابع فاذا زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها
الدلال ونحوه ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد
البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق وقوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع

تعليل

تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا
اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد
وهو البدل فلم يمكن رفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن قال ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن
فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن اياما فلا بيع وهما فاسدان
او قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلثة والقياس وهو قول زفر ان لا يجوز لانه
بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول بعتك هذا بشرط
ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها اولى ان يفسده واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا
في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه
كان ملحقا به ورد بانا لا نسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل
واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك فلا معتبر به
قد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة يندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يكون البيع
قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي ح ومحمد رح الا بحضرة الآخر وعسى يتغيب
ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو ح وابو يوسف وجوزه محمد رح اما ابو
حنيفة رح فقد مر على اصله في الملحق ونفي الزيادة على الثلث وكذلك محمد مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف
احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المص وابو يوسف اخذ في الاول
بالاثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله ان لم ينقد الثمن
الى اربعة ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار
باثر ابن عمر رض وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل
اي في ثلثة ايام باثر ابن عمر رض وهو ما روي ان عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا
بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه
قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا
فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع
يخرج من ملك البائع والثمن لا يخرج من ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن من ملك البائع والمشتري
بالاتفاق فاذا اخرج المبيع من ملك البائع او الثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال ابو
حنيفة رح لا يدخل وقالا يدخل اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فلما ذكره من قوله لان تمام
هذا السبب اي العلة بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقته الشرعية ولا يتم المراضاة بالخيار لان البيع به يصير علة اسما
ومعنى لا حكما فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه
باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك
البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلا

صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيهما فلا يلحقها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وقد فات
بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء
وتحقيقه ان الضمان الاصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضاء ولم يوجد حيث شرط
البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار واما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك و
تمام الرضاء ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع لا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قيل وانما
ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك لحمل حال المسلمين على الصلاح واما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو
ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر واما ان
البدل اذا خرج من ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي ح رح فلانه لما لم يخرج ماله من ملكه لو دخل لزم
اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ونوقض بالمدبر
فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان يجتمعين في ملك واحد واجيب بان قوله
حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم
يدخل في ملك الآخر يكون زائلا لا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا
لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس
منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وقد تقدم وترجح قول ابي ح رح بان شرعية الخيار لنظر المشتري ليتروى فيقف على
المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضعه بالنقض قوله
فان هلك في يده اي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا
كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال
في الايام الثلثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكر ان هلاك
المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان
الفرق ووجهه ان المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن
مقدمة عيب فيهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى اما اذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول
العيب لان الخيار للبائع لا له فيهلك والبيع موقوف فيلزم القيمة قال ومن اشترى امرأته هذه مسائل تترتب على الاصل
المتقدم ذكره وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما
يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها وان وطئها له ان يردها لان الوطي
لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان الوطي ينقصها وهذا يشير الى ان قوله
وان وطئها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطي فاما اذا انقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي
وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظائر
في كونها مترتبة على الاصل المتقدم منها عتق المشترى على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده
خلافا لهما ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه

يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشراء كالمرسل عنده ولو انشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط
الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة
اجيب بانه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه
كالمدبر في الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض
في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا
يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء
استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا واجمعوا في البيع اذا
نفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها
اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده قال صاحب النهاية لا بد من احد تأويلين اما ان يكون
معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري او يكون اشترى الامة التي كانت منكوحته وولدت
منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بالخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة
ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرفا للولادة وتقدير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في
مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال وانما احتجنا الى احد التأويلين لانا لو اجريناه على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا
اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة
عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم او
دعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار او بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة
لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشتري
صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابرأه البائع عن
الثمن في المدة بقي على خياره لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك وللمأذون له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره
لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والماذون ليس من اهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج من
ملكه فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوازه استحسانا لحصوله
بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما وعنده بطل
الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح واذا كان الخيار للبائع واسلم بطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار
للمشتري واسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري صار له وان رد صارت
الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول
البائع والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلثة اشياء
بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ و
اذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه
وانتقاصه كما تقدم واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما واما الاول فهو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار

تصرف المُلاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت جارية فوطئها او قبلها او ان يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري فيه تصرف المُلاك فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء يثبت حكما وان كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك بحضرة الآخر اي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد يكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا واما اذا كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد يكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك من الضرر ما لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو لا الزام ولا نم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البيع لانه لا الزام فيهما وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى يكون الرجعة الزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالي النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتواطؤ ولانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو رأى ضررا لما اقدم عليه ولانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة او لكونه بايجاب الشرع نصا دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد او الاجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزم الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كناية الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد

قال واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء كان البائع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل

الانتقال لانه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ان قوله والخيار ليس كذلك فان قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية المالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان تملكها وليس الخيار في البيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه يثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي ولما في ذلك سيان لان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع قوله بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه وتقريره لا نم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فيثبت له خيار التعيين لكن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار الا يرى ان المورث كان له ان يفسخ فكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت

قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه ومن اشترى وشرط الخيار جاز حذفه لدلالة قوله فايهما اجاز جاز يعني من المشتري والبائع او الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوق العقد واجبا من واجباته بمقتضى شرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اي لغير من له الخيار اصالة فيجعل كانه شرط لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضى ادنى منزلة من المقتضي الا يرى ان من قال للعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان العاقد اولى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة املا بان يجب الثمن على العاقد ولازم على الغير كفالة عنه لذلك واجيب عن الاول بان الاعيان المقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث

الخيار فلا يلزم ثبوتها للاصل بتبعيته فرعه واما التحرير فلانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى بتصحيح المقتضي ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو خرج الكلامان معا اختلف الرواية ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا كان او اجازة وفي رواية ماذون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يتقدم على غيره وفقه ذلك ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب بان الترجيح محتاج اليه عندنا في الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه ووجه القول الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كالاجازة والمبيع هلك عند البائع والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقها الاجازة فلا خفا في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ونوقض بما اذا باع من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة [illegible] واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا يلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا اجازة وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف قيل والثاني اصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضته في ذلك قوله واستخرج ذلك يعني ان المنوب اليهما ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف من هذه المسألة انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر ذلك في مسألة بيع الموكل والوكيل بكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكيته والرجحان ثابت هنا لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ لانه معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ على الاجازة لا على وجه الاستخراج ولعل الاوضح في وجه ذلك ان الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد هنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فترجيح تصرف العاقد من محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من ابي يوسف واعتباره بما يدل على انه لا ينظر الى احوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ لما ذكرنا قال ومن باع عبدين بالف هذه المسألة على اربعة اوجه لانهما اما ان فصل الثمن وعين من فيه الخيار فاما ان لا يحصلا او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فان كان الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فسد البيع

لجهالة

لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما مفسدة فجهالتهما اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الاخر وهو شرط مفسد كقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاب المص بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع فان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الاخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا لا في العقد ولا في الحكم ولقائل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا وانه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر لفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدبر او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا امتنع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الآخر انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصة قال ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء ومن قال اشتريت احد هذين الثوبين على ان اخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلثة واما اذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين فساده في الاربعة لان المبيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة تفضي الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي ووجه الاستحسان انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقا به وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته او اختيار من يشتريه لاجله كامرأته وبنته والبائع لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولا نسلم ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة مفضية الى المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كان الاثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة فانما تتحقق في الثلثة لوجود الجيد والوسط والردي فيه والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتفى جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم ان محمدا ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقدروها بثلثة ايام فما دونها عند ابي ح وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة وذكرها فيما ذكرنا اتفاقا لا اشتراطا وهو اختيار فخر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غيره من غير توقيت على الايام الثلثة واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد

منه وهذا لان الحال لا يخ اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث
عند ابي ح رح وبمدة معلومة اية مدة كانت عندهما كما في الملحق به فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلثة عند
ابي ح لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام
تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل
منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين
الآخر للامانة حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه قيمة شئ وهذا لان المعيب يمتنع الرد لان رده انما
يكون اذا تعين مبيعا وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا دلالة فان قيل قبض الآخر لا يكون اقل من المقبوض على سوم
الشراء وهناك يجب القيمة عند الهلاك اجيب بانه اقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس
كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل
احدى امرأتيه او اعتق احد عبديه ثم مات احدهما فان الباقية تتعين للطلاق دونها لكن وكذلك في العتاق اجيب بان المرأة
اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج عن محلية الرد فتعين
فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معا لزم نصف ثمن كل واحد منهما لعدم الاولوية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما و
اما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين ولا يتوقف على الايام فله ان يردهما بخيار الشرط في الايام الثلثة لانه امين
في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتر وقد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما
وبقي له خيار التعيين فيرد احدهما وان اختار احدهما لزم ثمنه لانه عين المبيع فيه ولزم وكان في الآخر امينا فان ضاع عنده بعد
ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان
خيار الشرط فلما تقدم من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك غيره فان قيل هل لعموم قوله من له الخيار
فائدة قلت كانه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار
محمد رح في المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد انه لا يجوز
لان هذا البيع مع خيار المشتري انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له
وهذا المعنى لا يتاتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى
القياس ولم يذكره محمد رح لا في بيوع الاصل ولا في بيوع الجامع الصغير ويتبين مما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين والآخر امانة و
التركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المص ففي بعضها اشترى احد
الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز ورواية فخر الاسلام وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان
يكون مبيعا قال اشترى ثوبين وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تع يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اضاف
الخروج اليهما وان كان من احدهما قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار • رجل اشترى دارا بخيار الشرط فبيع دار اخرى بجنبها
في مدة الخيار فاخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا يسقط به الخيار لان اخذه بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختيار
الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك يقتضي الملك ولا ملك
مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو يوجب الشفعة وهذا التقدير

يحتاج اليه المذهب ابي ح خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة واما عندهما فان
المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان ياخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل والانسان
لا يدفع ضرر الجار عن دار يريد ردها قال شمس الائمة اما وجوب الشفعة للمشتري فلا يشكل على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة
واما عند ابي ح رح فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا
بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري لم
يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط
بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسياتي قال واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار
ثلثة ايام فرضي احدهما دون الآخر فليس للآخر ان يرده عند ابي ح وقالا له ان يرده وكذا اذا اشترياه ورضي احدهما
بعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما
لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا لا نم ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل
وكيلين يثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الآخر وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة
في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا في الانتفاع متى شاء وبعد ما رد البعض لا يتمكن الا مهاياة والخيار يثبت نظرا
لمن هو له على وجه لا يلحق الضرر بغيره وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضرر للراد ايضا لكونه لم يمكن من الغير بل يعجزه
عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير اقطع والجمع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضي منه
بعيب التبعيض اجيب بانه ان سلم فهو رضي به في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك
انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرده بحكم
خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله قوله وليس من ضرورة اثبات الخيار حجة
لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد احدهما وهو ظ ولا الرضا برد احدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور
الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب رجل
اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا وكاتبا فهو بالخيار بين اخذه
بجميع الثمن وبين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية
يقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق
له بمطلق العقد وتقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك المقدار فلان هذا الوصف وصف مرغوب
فيه وهو ظ وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق
في العقد بالشرط لانه لرجوعها الى صفة المثمن او الثمن كان زيادة تمام للعقد الا يرى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد
بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد
والوصف مرغوب فيه واجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا
ولهذا لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكر الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله
ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له ان يامره بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن قد يكون من ريح فلا يعلم التقدير

كونه ولداً لا يعلم حيوته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون
ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف اي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع
الى الاختلاف في النوع لعلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نعجة فاذا
هي حمل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعاً الى
الجنس كما اذا باع عبداً فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعاً الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده
لكنه يوجب التخيير كفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة
في العقد يدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه
اقوى منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع وتاثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز
معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كمي هذه وصفتها كذا او لم يذكر
الصفة او يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي لا يجوز وكذلك العين
الغائب المشار الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمى فالمكان معلوم باسمه والعين معلوم قال صاحب الاسرار
لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزاً اي بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول
لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله عم من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل
هو معارض بحديث حكيم بن حزام وهو انه قال عم لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لاجماعنا على ان المشتري
اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضراً عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان
حكيم بن حزام رض قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها
فاسلمها اليه فقال عم لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا على انه لو باع عيناً من شيئاً لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على
ان المراد به ما ليس في ملكه والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه
رده ولا نزاع ثمة مقتضى خياره وانما افضت اليها لو قلنا بابرام العقد ولم نقل به وصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين
المشار اليه بان اشترى ثوباً مشاراً اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي
الى النزاع وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول هو المشاهدة ثم ما
هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد
واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك
قوله وكذا اذا قال تفريع على مسئلة القدوري يعني كان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان
الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم
العقد بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص فما ادى الى ابطاله كان باطلاً وقوله وحق الفسخ جواب
سؤال تقريره لو لم يكن الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقاً
بها فلا يوجد قبلها وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع مبرماً فجاز فسخه لوهاء فيه الا يرى ان كل واحد
من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطاً ولا شرعاً

بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفاً وفيه نظر لان عدم لزوم هذا
العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط اللازم فهو شرط
للملزوم وقوله ولان الرضى بالشيء جواب آخر وتحقيقه ان الامضاء للرضاء والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان
الرضاء استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور اما الفسخ فانما هو لعدم الرضاء وهو لا يحتاج الى معرفة
المحسنات لا يقال عدم الرضاء لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور لان عدم الرضاء قد يكون باعتبار
ما بدا له من انتفاء احتياجه الى المبيع او ضياع ثمنه او استغلائه فلا يستلزم الاستقباح ذكر في التحفة ان جواز الفسخ
قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياساً على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة
وهو مختار المصنف قال ومن باع ما لم يره من ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة رح يقول
اولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفاً فهو بالخيار ان شاء جوزه
وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيباً لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار
الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم وهذا اي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالاً اي من جهة
البيع وثبوتاً من جهة الشراء وتمام الرضاء لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية يحصل الاطلاع
على دقائق لا يحصل بالعبارة فلم يكن البائع راضياً بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ وجه القول المرجوع
اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضا فيلحق به دلالة اجيب
بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه خيراً مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه
والبائع لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبداً بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن
في معناه لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيار بين فليجز
من البائع واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير
بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رض ولم ينكره احد فكان اجماعاً على ما ذكر في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياساً
ولهذا رجع ابو حنيفة رح حين بلغه الحديث ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية
حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار تعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه
باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكماً لانعدام الرضاء فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط
من تعييب او تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل
في المبيع ما يحتاج اليه مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار ولا يبطل فائدة الخيار لانها امكان الرد عند
عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزم البيع بفعل ما يمتحن به اولاً مرة فات فائدة الخيار ويعلم في هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن
او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى
جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية في
ذلك النوع من الخدمة كان اختياراً للملك لعدم الحاجة اليها لحصول الامتحان ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما
يمتحن به لان صلاحها للوطي قد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطي في غير الملك فكان اختياراً له قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان

احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية ويبطل خيار الشرط والثانية
اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضي خان واجيب
بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى
لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه
ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعييب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس
بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعييبا او تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين
ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله
بعدها فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط
والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك التصرف في العين قائم
فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ فبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع
من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد
وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية ثبت فكيف ابطلته واجيب عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل
بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط
الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا تربو على صريحه اذا لم يكن من ضرورات صريح آخر وههنا هذه الدلالة من
ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم ممتنع واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع
بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضى اي لا يزيد عليه و
صريح الرضى لا يبطله قبل الرؤية فدلالته اولى يعني اذا لم يكن من ضرورات الغير ويبطله بعدها لوجود الدلالة مع عدم المانع
قال ومن نظر الى وجه الصبرة ● اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت
الآحاد او لا فذلك اقسام ثلثة فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد يكون
متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد او
لم ينفسخ وفي الامة لو فسخ العقد لخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع
العقد من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النظر وقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر بانكسار
ثوبه بالنشر والطي فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب
والبطيخ والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت في آحاده وان
كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب كالجوز والبيض على ما مال اليه المص يكتفى برؤية واحد منها لان
رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت ان يعرض بالنموذج الا ان يكون الباقي اردى
منها فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب
مطويا مما يعرف البقية الا ان يكون فيه ما يكون مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه الآدمي بطل الخيار لانه المقصود
في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له الا ترى الى انه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء

فالحكم النص الذي رويناه والنكتة ان هذه التصرفات اما ان تكون صريح الرضا او دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية صح

واذا نظر

واذا نظر الى الوجه والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن ابي يوسف وشرط بعضهم رؤية
القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعاءين فرآها في احدهما فان
كان ما في الآخر مثل ما رآى او فوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل لئلا يتفرق الصفقة
واذا اشترى شاة فاما ان يكون للحم او للقنية اي الدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي
الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود قال ومن رآى صحن الدار فلا خيار له ●
رؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارج تسقط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائهما متعذر الرؤية كما
تحت السرر وهي الحيطان من الجذوع والاسطوانات وح يسقط شرط رؤية الكل فاقيم رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية
الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ
والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان
جواب الكتاب اي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك
تكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل
الدار للتفاوت في ما بينها لاختلاف الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر رح قال ونظر
الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بذلك وصورة الارسال
ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك وامرتك بقبضه وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه اذا نظر
الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علمه الوكيل او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا كان عيبا
يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب فاذا نظر الرسول بالقبض وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرده عند ابي ح وقالا
نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يرده ولما كان رواية الجامع
الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المص بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط
الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك
التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل فيه فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبضه لم يسقط
خيار الشرط للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل ودليل
ابي ح رح مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور فقوله
وهذا اشارة الى تنوعه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها بتناهي
اللزوم بحيث لا يرتد الا برضاء او قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه
وكل من ملك بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه فان قيل لا نم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا
ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة
اجاب المص بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض
الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا و
الاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رآى قبل القبض لم يسقط

الخيار بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وانه ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به
فهو واجب وقوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرد بعد الا برضاء او
قضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق
الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع ههنا دل انها كانت تامة ومن موضحات ذلك ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء
الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصح مقيسا عليه لانه على
هذا الخلاف ذكر القدوري ان من اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعدما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم فبقاء الخيار
فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار
وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما
انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فان اتمام ما ارسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك
القبض والتسليم **قال** وبيع الاعمى وشراؤه جائز • بيع الاعمى مطلقا وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال الشافعي ان كان بصيرا
فعمي فكذلك الجواب وان كان اكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة
الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خياره بمباشرة ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما
يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه وان كان مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات واما اذا كان شجرا او ثمرا على شجر او عقارا
فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعضهم لا بد من مس الحائط والاشجار فاذا
باشر سبب العلم او وصف له او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروي عن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الموقف
بصيرا لرآه وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء الموسى في
حق الامي والاصلع واطلاق الرواية يدل على انه كان يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد رح في الجامع الصغير قال ابو يوسف
في الاعمى يشتري الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده وان كان في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيت لم يكن له ان
يرده وقال الفقيه قال يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل قال وبه ناخذ وقال الحسن
يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي ح لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال
رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيرا ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان
التأمل للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية **قال** ومن
رأى احد الثوبين فاشتراهما قد تقدم ان الجمع بين الاشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي لا بد من رؤية
كل واحد منهما وعلى هذا اذا رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما ان شاء كيلا
يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة يتمكن
المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما
جاء في الحديث نهى النبي عم عن تفريق الصفقة فكان تفريق الصفقة منهيا عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وقوله عم من اشترى شيئا
لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح النهي على المجيز واجيب بان حديث النهي مطرد في جميع صوره
وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبره والمطرد راجح وبانه محرم راجح على المبيح

لانه

لانه متاخر عن يسع لئلا يلزم تكرار الفسخ وبان الرد كما ذكر غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين
لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى وقيل النهي عن تفريقهما مطلق وقد قيدتم بما قبل التمام
بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان
العادة فيما بين الناس بضم الردي الى الجيد وبيعه بثمن الجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع
ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد من رد الآخر ايضا
لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم يتفرق
على المشتري قبل التمام بل بعده فيما كان في ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له
رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له
ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع **قال**
ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره • قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما
ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته **قال** ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة •
اذا رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية
السابقة وبفوات العلم بالاوصاف ثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة وبثبات احد المتنافيين وهو العلم
بالاوصاف بتلك الرؤية ينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا
كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشترى ذلك المرئي فان له الخيار لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع
ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا
فلا يكون له الخيار ووجه ذلك ان الامر وان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار
وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع
مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع ينكره ومتمسك
بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشرط
المفسد ظ والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض قوله الا اذا بعدت المدة على ما
قالوا اي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه يكون القول حينئذ قول المشتري لان الظاهر شاهد له فان الشيء يتغير
بطول الزمان ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي ارأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد
ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول
يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات والرؤية حادث
والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين **قال** ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل
من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد
المص لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية
الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وانث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا

بل بائناً امر العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوباً منه او وهبه وذلك لان الرد تعذر فيما
خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيار يمنع تمامها كما مر واما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها
بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو
فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بلا رضاء او رجع في الهبة فهو اي المشتري الاول والواهب على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار
الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد
سقوطه الا ان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

خيار العيب لانه
يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان
شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي ان
رسول الله صلعم اشترى من عدا بن خالد بن هوذة عبداً وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله صلعم من العدا بن خالد بن هوذة
عبداً لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة المرض في الجوف والكبد
والرئة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد والرئة فيما روي عن ابي يوسف انه قال الداء المرض و
الغائلة ما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هي الاستحقاق وقيل هي الجنون وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي
سلامة المبيع عن العيب ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فوته يتخير لان الرضاء داخل في حقيقة البيع و
عند فواته ينتفي الرضاء فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقرير كلامه على الوجه المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق
العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزماً له واذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل و
هو العقد اللازم ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الفائت وصف اذ العيب اما
ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع
الناقصة والسن الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والدفر
والذفر والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما ان يقابل بالوصف و
الاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث قوله
في مجرد العقد احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزواله دليل آخر على عدم
جواز امساكه باخذ النقصان او قيمته او ارشه وتقريره ان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ
النقصان زواله باقل فلم يكن مرضيه وعدم رضى البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاماً على البائع بلا بيع
وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضاً لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في اخذ النقصان
قيل البائع اذا باع معيباً فاذا هو سليم البائع يتضرر لما ان الظاهر انه نقص الثمن على ظن انه معيب فلا خيار له وعلى هذا فالفرق ما
اما شمول الخيار لهما وعدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه فانزل عالماً بصفة ملكه
فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له
فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك
اي رؤية العيب عند احد الحالين رضى بالعيب دلالة قال وكل ما اوجب نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة

وذكر

وذكر المص ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار
فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال والاباق
والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية او بالعكس فذلك عيب
لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان ابقت منه ولم
ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب فان بال احدهما فليس بعيب في اذا بال في الفراش وهو مميز يأكل و
يشرب وحده فكذلك واذا سرق درهماً من مولاه او من غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق
عليه حفظ ماله على الدوام ويقطع يده في سرقة مال غيره فيكون عيباً بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في الماكولات للاكل فان
سرقتها من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به واذا
وجدت عندهما في حال كبره فكذلك اما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرد به لان سبب هذه
الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب قال والجنون في الصغر عيب ابداً معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة
في عدم اشتراط اتحاد الحالين لان السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوماً او ساعة ثم
عاوده عند المشتري في كبره يرده وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلواني وشيخ
الاسلام وهو رواية المنتقى بناء ان آثاره لا يرتفع وذلك يتبين في حال تنوع عينيه لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى
اثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ما لا يرد الا بالمعاودة وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير قال والدفر و
البخر عيب في الجارية الدفر رائحة موذية تجيء من الابط والذفر بالذال المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك
اذفر وابط ذفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية
للاخلال بما عسى يكون مقصوداً وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشاً لا يكون في
الناس مثله لانه يكون من داء والداء نفسه يكون عيباً والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش
والثاني بطلب الولد فان الولد يعير بزنا امه وليسا يخلان في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون ذلك منه على ما قال
المشايخ فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وهو يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما الكفر عيب في الجارية والغلام لان طبع المسلم
ينفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيباً ولانه يمنع صرفه عن كفارة
القتل بالاتفاق وعن كفارة اليمين والظهار عند بعض فيخل الرغبة فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافراً فلا شبهة في الرد وان
اشتراه على انه كافر فوجده مسلماً لم يرده عندنا لانه زوال العيب والشيء لا يكون ليرده كما اذا اشترى معيباً فاذا هو سليم فعلى
هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة وقال الشافعي يرده
بلا انه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب ان هذا امر راجع الى
الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيما عند
ابي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة اشهر وقال الثاني فيما روي عن ابي يوسف واربعة اشهر فيما روي عن محمد او سنتين فيما روي عن ابي حنيفة
وزفر انها لم تحض لحبل بها او لداء كان ذلك عيباً يرد به والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة
وفي الداء قول الاطباء يقبل فيه قول عدلين وقال ابو المعين يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا بان يكون الدعوى بعد المدة المذكورة

لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او
على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع
كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض اوانه والمعاودة
على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى العدد وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء
عيب يعرف النسا لا الارتفاع والاستمرار بقول الامة فان انكر البائع ذلك لا ترد عليه لا بالحجة ولا يقبل فيه قول الامة
ونحوها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة
النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط وعن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء
لان العقد قبل القبض لم يتاكد فجاز ان يفسخ بشهادتهن قال واذا حدث عند المشتري عيب فقد سماوية او غيرها ثم اطلع على
عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به كما كان بينهما من عشر او ثمن
او سدس وغير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث و
عوده اليه معيبا به اضرار والاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن البائع وبجوز ان يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر
بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فيتعين مدفعا الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه الحادث
لانه رضي بالضرر والرضا اسقاط لحقه كما ان للمشتري ان يرضى ان ياخذه بعيبه القديم فان قيل من قولكم الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك لما مر قال ومن
اشترى ثوبا فقطعه ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث لا يقال
البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غره بتدليس
العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب
الحادث تضرر البائع لا لفعل باشره وفي عدم الرد وان كان اضرار للمشتري لكن لعجزه لما باشره فكانا سواء فاعتبرنا ما هو نظر
لهما الا اذا قال البائع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان اسقاطا لحقه
فان قيل بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع بنقصان العيب عند ابي حنيفة اجيب
بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيتحقق معنى حبس المبيع
فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البائع كنت اقبله كذلك فلم يكن الرد
ممتنعا برضا البائع فاذا المشتري يصير بالبيع حابسا المبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع واخذ الثمن
لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد
قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول
فلانها لا تنفك عنه واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق
الشرع لكونه ربوا فليس للبائع ان يقول انا اخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة
من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا تمحضت تبعا
للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او

غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والحسن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق تمنع ص
والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل
دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمتولد بحال ما لانه تولد من المنافع
والمنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان
يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن بعدما راى
العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة
كان حابسا والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضى البائع فاذا اخرجه عن
ملكه لا يرجع بنقصان العيب وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البائع فاذا اخرجه عن ملكه رجع بنقصان
العيب وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من
اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه
لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث
وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا
للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس بمحتاج
اليه الا انه ذكرها تبعا لمسئلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري
الرجوع بالعيب بالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع
لامتناع الرد قبله وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت قال ومن اشترى عبدا فاعتقه اشترى عبدا فاعتقه
او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به اي تم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد
حينئذ وفيه اضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فان قيل قوله والامتناع حكمي لا
بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر فانه امتنع الرد بفعله
ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناك بسبب وجود الزيادة في المبيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع
وهو شبهة الربوا ورد بانه يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والجواز بقاء في الجواب عدم
الرد في الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله
وذلك يمنع الرجوع لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد كان حابسا حكما فكانه في يده بحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي
الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى وقت
الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء كالموت قوله وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء
لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر فصار حابسا الا يرى ان الولاء يثبت بالعتق والولاء اثر من
آثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملك البائع تعذر بالرد بالامر
الحكمي مع بقاء المحل والملك فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب ان الانتهاء يحتاج اليه لتقرير الملك بمحل
ما لم يكن كاملا وههنا الملك متقرر فلا حاجة اليه وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس

المبدل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملك وان كان بعوض لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت
الولاء به وان قتل المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع
وذكر في الينابيع قول محمد رحمه الله معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي يعتد به الا كالقصاص والدية فصار كالموت
بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي متطل وسقوط
القصاص والدية على المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب
للضمان في غير الملك مطلقا العدم نفوذه ومن احد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستعيضا
فيمتنع الرجوع واذا كان المبيع طعاما فاكل كله او ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند ابي حنيفة رحمه الله استحسانا وعندهما يرجع
لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق ولابي حنيفة رحمه الله ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري
في المبيع كما اذا باع او قتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة
العوض سلم له والجواب عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق
وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان
في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عندهما لا يمنع الرجوع
بالعيب فاكل البعض اولى وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان
العيب فيما اكله وفي بيع البعض عنهما روايتان في احدهما لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة رحمه الله وهو المذكور ههنا لان الطعام
شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع
اعتبارا للبعض بالكل قال ومن اشترى بيضا او بطيخا اذا اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيئا من الفواكه فكسره
غير عالم بعيبه فوجد الكل فاسدا بان كان منتنا او قرا او خاويا بحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول
منه شيئا بعد ما ذاقه فلذا يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او في المآل والمذكور ليس
كذلك وتقطع من البيض باضدادها فانه اذا كسر عالما بعيبه صار راضيا واذا اصلح لاكل بعض الناس او الدواب او وجد
قليل اللب كان من العيوب التي من المشتري وان تناول منه شيئا بعدما ذاقه صار راضيا واذا لم يكن كذلك لا يكون محلا للبيع فيكون
باطلا فان قيل التعليل صحيح في البيض لان قشره لا قيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال
الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض
مشايخنا اجاب المصنف بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا
كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن وعلى هذا ان كان المبيع بيض النعامة
فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ انه يرجع بنقصان العيب وهذا الفصل يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة
قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب
دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رحمه الله رده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على
الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لانه بالبيع لم يتملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم الولاية عليه
فصار كما اذا باع ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا او لو وجد البعض

فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كالثنتين في المائة او كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البائع
لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع
بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ومن
باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضي او بغير قضاء فان الاول اما ان يكون باقرار ومعنى
القضاء في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج
الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وفي ذلك ليس له ان يرده على
بائعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني
كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب فقوله لغاية الامر اشارة الى جواب زفر عما قال اذا جحد العيب ليس له
ان يدعي على البائع الاول ان به عيبا لكونه كالامر مناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار
مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه
بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله وهذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على
الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه بيعان ويرد احدهما لا يرتد الآخر وان كان الثاني فليس له ان يرده لانه
اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض واما اذا
كان قبل القبض فلا فرق بين ما كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد
بخيار الشرط او بخيار الرؤية وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائد او
الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء
فله ان يرده على بائعه للتيقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع
الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة بتعمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا يعود الملك
المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى
عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة
فهو ان شاء يدفع الثمن او المبيع واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البائع او بينة المشتري
وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار
لا ينتهي به واجابوا بوجه بانه من باب علفتها تبنا وماء باردا اي وسقيتها ماء باردا او بان يجعل الكلام متضمنا للفظ
عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار لان كل واحد
من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل
الطعم في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر
اللازم وارادة الملزوم كناية والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم قوله لانه انكر وجوب
دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار
علة وجوب الثمن اولا لان التعيين حق البائع بازاء تعيين المبيع فحيث انكر تعيين حقه في المبيع لان حقه في التسليم فقد انكر

لان وجوب دفع الثمن

علة وجوب دفع الثمن ولا في انكار العلة انكار للمعلول فانتصب خصما ولا بد من حجة وهي اما بينة او يمين البائع فان
قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار يقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث فالجواب لاعتبار
بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع الثمن ولا وان كان في الصورة منكرا وقوله لانه لو قضى بالدفع
دليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب الجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم
لا يعارض المتحقق وتقريره ان ادعاء المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا للقضاء عن النقض
فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء **قال** فان قال المشتري شهودي بالشام اذا طلب من المشتري اقامة
البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل
في الزام المشتري دفع الثمن ضرر له اجاب المص بقوله وليس في دفع الثمن كبير ضرر به لانه على حجته يعني هو بسبيل من اقامة البينة
عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه
والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والآخر دونه والجواب عن
الاول ان القاضي ههنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى
غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البائع فنكل الزم العيب
لان النكول حجة في ثبوت العيب قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند
ابي حنيفة **قال** ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اذا ادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى
المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في
الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضاء او الابراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف
الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يابق عنده
وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به
في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين احدهما ان البينة انما
تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع والثاني ان سلامة الذمم عن
الدين اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فاي فرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى
على آخر دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان القاضي يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب ان لم يثبت قيام الدين في الحال
واجيب عن الاول بان اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على ان العيب كان عند البائع لعدم تمكنه من تلك الا بهذه
فكانت من المدعي بهذا الاعتبار وعن الثاني بان قيام الدين في الحال لو كان شرط الاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء
حقه لانه ربما لا يكون له بينة او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري
الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين يشاهد امكن اثباته بالتعرف عن آثاره وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف
عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا فاذا اقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه
اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد
عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق قط ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب يكون بعد البيع قبل التسليم

وهو

وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب
لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا لجواز ان يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا
فنفي وجوده في احدهما يكون بارا لان الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري وانما قال يوهم تعلقه بالشرطين اشارة
الى ان تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه موهم لذلك بما ذكر لان شمس الائمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال
الا انهم قالوا النظر للمشتري ينعدم اذا استحلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي الاول لان
البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا فلقائل ان يقول
في عبارة المص تسامح لانه قال اما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب علله بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله
وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التأويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التأويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو يناقض قوله لا يحلفه
الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات
فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون
على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك
فان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما يعلم انه ابق عنده المشتري هل له ذلك ولا قيل له
ذلك على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المص وقيل لا خلاف
في هذه المسئلة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف بالاستقراء ولابي حنيفة
على قول من يقول لا تحليف على مذهبه ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا يصح الدعوى الا من خصم ولا يصير المدعي وهو
المشتري ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا نسلم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف
فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد يقوم على ما لا دعوى
فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف والفرق ان التحليف شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقة الخصم ولن يكون المشتري
ههنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا يستلزم كونه خصما
واذا نكل عن اليمين حلف ثانيا للرد على البتات على ما تقدم قال المص ان كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ
الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البائع لانه اذا ابق
في يد المشتري بعد البلوغ وقد ابق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين حذرا
عن اليمين الكاذبة فيقضي عليه بالرد لنكوله ويتضرر به **قال** ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى جاريتين وتقابض المتبايعان
الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فاراد البائع تخصيص الثمن على تقدير الرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري
بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه اعرف بما قبض كما في الغصب
فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض
وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال
المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري لما بينا ان الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل بهما اولى
لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما **قال** ومن اشترى عبدين صفقة واحدة

رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد المعيب خاصة
بل يأخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري بالبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة وما
تتم الصفقة بقبض بعضه لانه تتوقف على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرنا
يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وهذا اي التفريق في القبض لا
يجوز لان للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض
من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت
احدهما لم يصح فكذا هذا قال ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شرح الجامع الصغير
اختلف المشايخ فيه وكلام المص يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة ووجهه
ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بتمام المبيع وهو
اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول الا بقبض بعض الثمن المتعلقة بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد
باحدهما عيبا له ان يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت
بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت
الصفقة والتفريق بعد التمام غير ضائر بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان
الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض
على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد ونقض البائع انما يلزم من تدليسه
فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك للزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق
قبل التمام وانه لا يجوز قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن كزوجي الخف و
مصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد الف احدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب
خاصة قوله ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الآخر
بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض
في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير الكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في
وعائين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ملك
البائع وجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد ككر وقفيز ونحوهما
واما الثاني فلان المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعل
رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه
يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيبين وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك
لوجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين
عن ابي يوسف ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يثبت له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب
عيبا في يد المستحق وغيره لانهما في المالية سواء والانتفاع في الباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف

ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب فيه بخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره
والشركة عيب فيه زائد فلم يبق الا رد الكل او امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره انتفاء الخيار في رد
ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضاء والمستحق لم يكن راضيا وتوجيهه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة
لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك
ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضى العاقد لا المالك
وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل
التمام وهذا يرشدك الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضاء العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع
ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته
والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المص بقوله وقد كان وقت
البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف الكيل والموزون فان التشقيص
ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه بكلام المص يجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض في جميع الصور اعني فيما يكال
او يوزن او غيرهما اما العيب فظ واما الاستحقاق فلقوله اما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام
ويختلف حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر وقال في
المكيل والموزون يرده كله او اخذه ومراده بعد القبض ثم قال ولو استحق البعض لا خيار له في رد ما بقي قال ومن اشترى جارية
فوجد بها قرحا مداواة المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عد رضا بالمعيب لان ذلك دليل قصد الاستبقاء
لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك و
دليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضاء بعيب لا يستلزم رضاه بغيره
وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختيار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها
او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد او لا لان في الركوب ضبط الدابة
وهو حفظ لها من حدوث عيب آخر واما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجزه عن
المشي لضعف او كبر او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف في عدلين وركب كان
الركوب رضا لان حاجته يمكن بدون الركوب قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري
وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة و
قالا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد
والردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا يرى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري و
تصرفه فيه نافذ فيكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب لان مباح اليد والدم لا يستوي كالسالم لانه
اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وهنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل
فظ واما في صورة القطع فان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حادث في يده ومثله مانع من الرد بعيب
سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة

فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب
يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يبقى ولا العقد فينتقض القبض من
الاصل لعدم مصادفة العقد محله ولانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده وصار
كما اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرد على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في
يد الغاصب والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي ح ره فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن
اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري ولئن سلمنا فنقول ثمة سبب الموت هو المرض المتلف
هو حصل عند المشتري وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية
في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صار منافيا للمالية كانها هي المستحقة و
اما اذا مات في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل فقد تم
الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر
الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كان الدية لورثته دون من له القصاص قال ولو سرق في يد البائع
ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا
اتفاقا وعند ابي ح ره لا يرده الا برضا البائع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخ من ان يقبله البائع او لا
وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد فان قبل
يرجع بثلثة ارباع الثمن لان اليد نصف الآدمي وتلفت بالجنايتين في احديهما الرجوع على البائع فينقسم النصف عليهما
نصفين وفي النصف الآخر يرجع فيه على البائع لرده العبد عليه فان قيل اذا احدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند
البائع كذلك يرجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن ههنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي ح ره نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق
وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل ما تذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل
والموزون فلم لا يجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب
وما نزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكون شبهها بين ... والاستحقاق كون العقد غير متناول
لتنقض القبض من الاصل لما ترتفا قال ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي
بالبياعات ثم قطع اليد في يد الآخر يرجع الباعة وهو جمع بائع كالحاكة في جمع حائك بعضهم على بعض عند ابي ح ره كما في
الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الآخر على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري
الاخير لم يصر حابسا حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب لما تقدم قوله وقوله في الكتاب
اي قول محمد في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضا
به ولا يفيد على قول ابي ح ره في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن
ابي ح ره انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق
قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع
الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه قال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي اصح الروايتين عن ابي ح

قبل البائع صح

يرجع

يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه
من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن
لا نسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن ولكنه اجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لا حقيقة
يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده وههنا لا يبطل البيع و
الجواب ان كونها اصح او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز ان يكون من حيث الدليل
وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب وانه عيب من وجه واذا كان كذلك فلا يلزم ان يكون
حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجري مجراه قال ومن باع عبدا وشرط
البراءة من كل عيب فالبيع بشرط البراءة عن كل عيب صحيح وان لم يسم العيوب بعددها ولا علمها البائع او لم يعلم ووقف المشتري
او لم يقف اشار اليه ولا موجودا كان عند العقد او القبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند ابي ح وابي يوسف في رواية
وقال محمد لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف وقول زفر والشافعي ومالك وقال زفر اذا كان مجهولا لا يصح البيع
وفسد الشرط وقال الشافعي لا تصح البراءة من كل عيب ما لم يقل عن عيب كذا او عن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح
البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين ابي ح ره في مجلس ابي جعفر الدوانيقي
فقال له ابو ح ره ارايت لو باع جارية في ماقها عيبا كان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ارايت
لو ان بعض حرم امير المؤمنين باع عبدا برأسه وكره برص كان يلزمه ان يري المشتري ذلك وما زال حتى افحمه وضحك
الخليفة مما صنع به والشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة عن كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء
على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى التمليك ولهذا لو ابرأ المديون عن دينه فرده البريء
لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء
باسقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا يفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما
ابطلت التمليكات لفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلة له ولهذا جاز طلاق نسائه
واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم قوله وان كان في ضمنه التمليك اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره ان ذلك لما
فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بالجهالة لا تفوت التسليم كما اذا
باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم اولى وحجة
محمد ان البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم احد اثابت اولا واي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك
فلا يتناوله وابو يوسف يقول الغرض من الابراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب
بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب وبما يحدث فالبيع
فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند
ابي يوسف خلافا لمحمد ولئن سلمناه ولكن الفرق بان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا
وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في
الاسقاط كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعت هذا العين على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث

بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود **باب البيع الفاسد** تأخير غير الصحيح عن الصحيح لعله غير محتاج الى تنبيه
ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا
ووصفا والفاسد هو الصحيح اصلا لا وصفا وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين
والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تفصيل المسائل المذكورة في الكتاب فقال
البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد
مالا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيدنا بقولنا لغة ليخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا و
لهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المص في التجنيس اذ كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا
يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر
والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض اهل الكفر
وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومه في حق المسلمين لئلا يتمولوه كما ابطل قيمة
الجودة بانفرادها في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الى تأويل لكنه خلاف الظ قوله والباطل
لا يفيد ملك التصرف كانه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد فالباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف
لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ
ابي نصر احمد الطواويسي هو رواية الحسن عن ابي ح نص على ذلك في السير الكبير نقله ابو المعين في شرح الكبير لان العقد ط
والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة وعند بعض اخر شمس الائمة السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد
انه كان مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء لوجود صورة العقد ههنا دون المقبوض على سوم الشراء
وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء هو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا
لم يسم فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد بن سلمة البلخي الاول قول
ابي ح والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تع والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا
كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في المأذون
انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه
يكون اذنا بالقبض فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز اخذ الشفعة للشفيع
في الدار المشتراة بشراء فاسد وحل اكل طعام اشتراه كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك فالجواب انه لم يحل وطؤها
واكله ولم تثبت الشفعة فيما ذكرت لان في الاشتغال بالاكل والوطء اعراضا عن الرد في القضاء بالشفعة تقريرا للفساد
وتأكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشترى بشراء فاسد فذهب العراقيون
بانه مبني على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين لملك الامور المذكورة
ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين واستدلوا بما اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها
فبيع بجنبها دار فللمشتري ان يأخذه بالشفعة لنفسه ولو اشترى جارية بشراء فاسد وقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه
الاستبراء ولو باع الاب والوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز

لان عتقهما

لان عتقهما او تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح
واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي
وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب قوله وكذا بيع الميتة يعني كما ان البيع بهذه الاشياء بط فكذا بيع
هذه الاشياء لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخ اما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير
او بالعين فان كان الاول فالبيع بط لا يفيد ملك الخمر ولا مقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ملك ما يقابلها
من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معزوز
يقابله قيمته لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لا يكون معزوزا فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد
مقصودا اي بجعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف المأمور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم
غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المأمور به فيسقط التقوم اصلا لئلا
يفضي الى خلاف المأمور به فيكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك
الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر به فلا
يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع
الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد
على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان **قال** وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد و
المدبر والمكاتب فاسد اي بط وانما فسره بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك
ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الخ وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه
عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله ام اعتقها
ولدها فينتفي الاخر لا يقال هو متروك الظ لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا لان المجاز مراد
بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان
الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا
في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول بط لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى و
كذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت
الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه
لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابتة لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون
رضى المكاتب فينتفي الاخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانها غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيز نفسه فان قيل لو بطل
بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر بط
ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء بط بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق
بينهما بين ولهذا جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك تنفذ قضاؤه واذا كان كذلك
دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز

بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه بطل على ما يجي **قال** ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز• واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروى في النوادر انه لا يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتفسير المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وقد تقدم فيه وان مات ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي ح وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي ح وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر روى المعلى عن ابي ح انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب اما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي ح انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها والفرق لابي ح بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير رواية المعلى ان ضمان البيع وان اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي كل واحد من المدبر وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم ولابي ح ان جهة البيع انما توجب الضمان في الاموال الحاقا لحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا تلحق الجهة بها فصار كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة قوله وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان يكون عائدة الى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم اليه وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبد انه مع عبد المشتري من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فياخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذا هذا **قال** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده بيع السمك قبل الاصطياد بيع لم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا يخلو اما ان يكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره قوله الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المداخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من الماخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باض الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز ولا يشكل بما اذا عسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحرزه او يهي له موضعا لان العسل اذ ذاك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست فيها على وجه القرار **قال** ولا بيع الطير في الهواء• بيع الطير على ثلاثة اوجه الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث بيع طير يذهب ويجي كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظ وذكر في فتاوى قاضي خان وان باع طيرا له

في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين ولا النتاج اي الحمل وهو حبل الحبل وقد نهى النبي عم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر نتجت الناقة بالضم ولكن اريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المراة حبلا فهي حبلى فسمي به المحمول كما سمي بالحمل وانما دخلت عليه التاء اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلعم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه قال في المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدرى ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء **قال** ولا اللبن في الضرع للغرر• بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز ان يكون الضرع منتفخا لا لبنا والغرر منهي عنه وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عند العقد فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط لعدم بطلان خيطا في اعلاها وتركت اياما يبقى الخيط اسفل مما في راسها الآن والاعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه اما الصوف فان نموه من اسفله فانما خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نمى فالمخضوب يبقى على راسه لا في اصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع اي النتف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على الظهر **قال** وجذع في سقف• اذا باع جذعا في سقف وذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز وذكر القطع اولا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر ولو باع النوى في التمر او البذر في البطيخ لم يصح وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اي هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها واما لها بيع في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جائز اجيب بان جوازه باعتبار صحة انطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا لتصحيح لفظه واما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البذر والنوى والحب لا ينطلق عليه ولا يقال لهذا بذر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه قوله اما الجذع عين موجود اشارة الى تمام الفرق بين البذر والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع معين موجود اذ الفرض فيه والبذر والنوى ليس كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة

قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزاً وان كان الجلد عيناً موجوداً كالجذع في السقف
وكذا بيع كرشها واكارعها أجيب بان المبيع وان كان موجوداً فيه لكنه متصل بغيره اتصال الخلقة فكان بيعاً له فكان
العجز عن التسليم هناك معنى اصلياً الا انه اعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من فساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه غير مال
في نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من فساد بناء غير مستحق بالعقد
فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز وبحث تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم قال وضربة القانص القانص
الصائد يقال قنص اذا اصاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها وقد
نهى عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي وهو ان يقول للتاجر اغوص
لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غرراً لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء
من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئاً قال وبيع المزابنة • الرفع فيه والجر والرفع فيما تقدم جائز والمزابنة وهو
بيع الثمر بالتاء المثناة بمجذوذ مثل كيل ما على النخل من الثمر حرزاً وظناً لا حقيقياً لانه لو كان مثله كيلاً حقيقياً لم يبق ما على الرأس
ثمراً بل تمراً مجذوذاً كالذي يقابله من المجذوذ لا يجوز لان النبي عم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في
سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً ولانه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصاً الا ان فيه شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة في
التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع احدهما بالآخر خرصاً وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما
دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان استدل بان النبي عم نهى
عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها تمراً فيما دون خمسة اوسق وانث
الضمير في قوله بخرصها على انه جمع الثمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان يقول سلمنا ان رسول الله صلعم رخص في العرايا فان
الاحاديث الدالة على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتأويلها ان يهب
الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى
من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمراً مجذوذاً بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفاً
للوعد وبه نقول لان الموهوب لم يصر ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضاً بل هبة
مبتداة وسمي بيعاً مجازاً لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق
فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت
ان رسول الله صلعم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني انه جاء في
حديث جابر رض بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله
في المستثنى منه والجواب عن الاول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه على ذلك التقدير ربا في قوله
المشهور التمر بالتمر مثلاً بمثل والمشهور قاض عليه قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر سام البائع السلعة اي عرضها وذكر
ثمنها وسامها المشتري بمعنى استامها بيع الملامسة هو ان يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك
ابتياعاً لها رضي مالكها بذلك او لم يرض وبيع المنابذة هو ان يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكها الزام المساوم له عليها
اياها فينبذها اليه فيلزم بذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو ان يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطا

لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذا كانت بيوعاً في الجاهلية فنهى عنها رسول
الله صلعم وعبارة الكتاب تشير الى ان المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان
فيه تعليقاً بالخطر والتمليكات لا تحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البائع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد
بعته واي ثوب لمسته بيدك فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا
ان يقول على انك بالخيار ان تأخذ ايهما شئت فانه يجوز استحساناً وقد تقدم الكلام فيه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا يجوز
بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلأ وهو ما ليس له ساق من الحشيش كذا روي عن محمد وقيل ما له ساق وما ليس له
ساق فهو كلأ وانما فسر المراعي بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى
ولو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيه
الكلأ او لم يكن اما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز فانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله عم الناس شركاء
في الثلث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوئها والاصطلاء بها
والشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي
المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقاً فاما ان توصلني الى حقي
او تحتشه فتدفعه الي او تدعني آخذ كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا نبت بنفسه واما اذا انبته صاحب الارض بالسقي ففيه
اختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه وذكر
القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ
فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها
على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوك بان استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح
اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الاجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة
كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظؤرة ولم يذكر ان اجارة الكلأ وقعت فاسدة
او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها قال ولا يجوز بيع النحل قال ابو حنيفة وابو يوسف
لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزاً اي مجموعاً وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث
منه وشرعاً لعدم ما يمنع عنه شرعاً وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول لا ينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام وهي
المخوفة من الاحناش لا يجوز بيعها فان في الجامع الصغير ارايت ان وجد بها عيباً فكم يردها وفيه اشارة الى ان النحل لا قيمة لها
ولا رغبة في عينها قوله والانتفاع بما يخرج منه جواب عن قوله حيوان منتفع به بعينه بل الانتفاع بما يستحدث منه وذلك معدوم في
الحال قيل قوله لا بعينه احتراز عن المهر والجحش فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المآل باعيانهما وفيه بعد لخروجهما
بقوله بما يخرج منه واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعاً به حتى لو كان مع ما يخرج منه بان باع كوارة بضم الكاف
وكسرها وهي معسل النحل اذا سوي من طين فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال القدوري في
شرحه لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع
كالشرب والطريق ثم قال وقد حكي عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق

المبيع وابتاعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف قال ولا يجوز بيع دود القز
بيع دود القز وبيضه وهو البزر الذي منه يكون الدود لا يجوز عند ابي ح لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما
سيحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيضه قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف
بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع ابي ح كما في
دوده وهذه العبارة يشير الى ان ابا ح انما لم يجوز بيعه بانفراده اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن
تسليمها جاز البيع لانها مقدورة التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكر هنا اتباعا لما
ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمه كذلك قال ولا يجوز بيع الآبق بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد
في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله ع م انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا
يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق احد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق
منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد او لا ان كان
قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشرا بالاتفاق وان قبضه للرد فاما ان يشهد على ذلك او لا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانة
عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من المولى وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبض الضمان اقوى لكونه
باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة
واما الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض
غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي ح وم وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المص يجب ان يصير قابضا
كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه
لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على التسليم ما لم يحضر ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق
هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ مشايخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لو وقع
بالملا فانه جزء المحل لعدم القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في
المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلائم التوى بالاباق بخلاف
البيع فانه اثباته والتوى ينافيه وروي عن ابي ح ان العقد يتم اذا لم يفسخه والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر
على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان يد المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم
قد ارتفع فيتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز وصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا
واما اذا رفعه المشتري الى القاضي وطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد قال
ولا بيع لبن امراة في قدح قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح يجوز
فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازا
عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس
لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الآدمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية اجزاء الآدمي واجيب بانا
لا نم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل به البرء سقط الضمان وكذا السن اذا

نبت قوله وهو اي الآدمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان يكون دليلا آخر وتقريره الآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال
وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن
الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه
ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو
اي المحل هو الحي ومعناه انهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد فهما ضدان واذ لا حيوة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق
لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروبا مطلقا او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى
عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه
مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين
فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه نجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله
فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد
الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال ابن الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشرا ينبغي ان يجوز
لهم الشرا ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة
الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه وكان المص اختار
قول ابي يوسف حيث اخره قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضي خان قال ولا يجوز بيع شعر الانسان
بيع شعر الآدميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي ع م حين حلق راسه قسم شعره
بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل ذلك النجس لا يتبرك به وجه الظاهر ان الآدمي مكرم غير مبتذل وما هو كذلك
لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا وفي البيع والانتفاع ذلك ويؤيد ذلك قوله ع م لعن الله الواصلة والمستوصلة
والواصلة من تصل الشعر والمستوصلة من يفعل بها ذلك فان قيل جعل المص بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع
شعر الآدمي اهانة والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه
من المبيع فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع وان كان مما
كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما
هو من وصف المحل شرعا ان عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا ينجس بالمزايلة فشعره وهو طاهر
اولى ولان في تناثر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة وقال الشافعي نجس لحرمة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة ولا باس
باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء اي في اصول شعرهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل ولا يجوز بيع
جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال النبي ع م لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن
الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاستها لمجاورة باتصال الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية
فلم يزايل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فمعناه الا الجواز
فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية وهو يقتضي القبح لعينه لا المشروعية ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها
طهرت به لان نجاستها في ازالة الرطوبات كالذكوة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها

وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد تقدم في كتاب الصلوة والفيل
والخنزير نجس العين عند محمد رح اعتبارا بالخنزير في حرمة اللحم وغيرها قال الا انه يقع عليه الذكوة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما
بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب وسائر السباع قال ولو بيع عظمه
انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر اذا كان السفل
لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه
والمال هو المحل للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن لها شرب فينبغي ان لا يجوز
اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه
حظ من الماء لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى ارضه بماء غيره ضمن ولان له حظا من الثمن ذكر في كتاب الشرب قال
في شاهدين شهد احدهما بشراء ارض بشربها بالف وآخر بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض
لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه معها تبعا
لزوالها باعتبار التبعية قال وبيع الطريق وهبته جائز بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان
بين ذلك وهو ظ والا قدر بعرض باب الدار العظمى وهو شاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل
وهبته اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدري قدر ما يشغله الماء والقيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث
انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه فانه جائز
ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسئلة وبيع حق المرور هو حق التطرق دون رقبة الارض جائز في رواية ابن سماعة
وجعل في كتاب القسمة لحق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما من القسمة ويترك
الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فان باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي
ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق يكون على عدد الرؤس لان
صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية
الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق
المسيل لا يجوز وهذا هو محتملها الآخر واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما مر آنفا
وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان
حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح او الارض
والاول حق التعلي وهو ليس بمال ولا متعلق به مع كونه مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته والثاني مجهول فعاد الى الفرق
في المحتمل الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور تلجئ الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكره
بقوله ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض
فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى
في الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى وهو مال ولا يجوز بيعه قال ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين
لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية يكونان جنسين لان الغلام يصلح للخدمة خارج البيت كالتجارة

والزراعة وغيرها والجارية للخدمة داخل البيت وللاستفراش والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكبش والنعجة
جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده
تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لعظم التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب
منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارى جنسين مختلفين على ما قال المشايخ في شرح
الجامع الصغير واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين
كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه فاذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي
ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفة بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان
صفة والابلغ في التعريف اقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده لان العبرة اذ
ذاك للاشارة لا للتسمية لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب
النكاح في تعليل محمد رح فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه فانه اذا خرج عن كونه
معرا فاجعل للتمر عيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المص
الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر
صاحب المحيط والعتابي كذلك وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد ان الموجود ان كان انقص
من المشروط الفائت كان له الخيار وان كان ازيد فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه
قيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضاء واما الثاني فلما تقدم
ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خير وان وجده احد عشر فهو له بلا خيار قال ومن اشترى جارية بالف
درهم ومن اشترى شيئا بالف درهم حالة او نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا



للشافعي هو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول
او بالزيادة على الثمن الاول او بالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون
من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او
باكثر او بالعرض والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي
جوزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول
اما الاول فما قال محمد رح حدثنا ابو حنيفة يرفعه الى عائشة رض ان امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمان
مائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة قبل محل الاجل فقالت عائشة رض بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان
الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلعم ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من
ربه فانتهى فله ما سلف وامره الى الله ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول
واجزية الافعال لا تعلم بالرأي فكان مسموعا من رسول الله صلعم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا وان زيدا اعتذر
اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهدات كان بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث
لجواز ان يكون الحاق الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها جواز البيع الى العطاء وهو

مذهب على ثم فلا يكون لذلك ولانها كرهتا العقد الثاني حيث قالت بئسما شريت مع غرابة عن هذا المعنى فلا يكون
لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه
اجيب بان تلاوتها آية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق
الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع ثمة بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون
البيع كان الوعيد لاحقا واما الثاني فهو ما قال الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت
المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز بخلاف ما اذا باع من غيره لان الربح لا يحصل
للبائع وبخلاف اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لم يعد اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة
اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول لعدم الربوا وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك
يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما
اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي
احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربوا الفضل
لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربوا
قال ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شرى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
وبهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون
مشتريا للاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساده ونوقض بما اذا باعها بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها العلماء
في الانوار شمس الائمة وفخر الاسلام ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب لما ذكرتم لما فسد البيع لان عند
القسمة نصيب كل واحد منهما اكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز
وبيانه انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا جاز وان جعلنا الفا وحبة جاز هلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من بعض فامتنع
الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز تشبه الفساد في الوضع فلا يكون صحيحا على انه معارض بان يجعل
الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة وما يتبع ثلثمائة او اقل او اكثر فيتعدد جهات الجواز وليس البعض اولى وبان
كل جهة تصلح ان يكون علة الجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز من جهة علينا ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على
ما عرف والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه والترجيح ههنا للمفسد ترجيحا للمحرم ولا يسري
الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لامور اما لانه مجتهد فيه بخلاف الشافعي المتقدم وفيه نظر اما اولا
فلان كونه مجتهدا فيه ان كان بخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف توضع
المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان اباح ابطل اسلام القوهي في القوهي والمروي مع ان فساد العقد بسبب الجنسية
مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهي جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساده الى المقرون به وهو اسلام القوهي
في المروي واما لان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار الشبهة
الشبهة وهي غير معتبرة وبيان ان في المشتراة شبهة الربوا ان في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد
الثمن لشبهة الربوا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيردها

فسقط

فسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه و
الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا واما ثالثا فلان الفساد طارئ لوجهين احدهما انه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة
اذا لم يشترط فيها ان يكون بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء
ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فيفسد فيما باع ولا شك في كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين
عبد ومدبر وباعهما صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والبيع جائز
في العبد لان شمس الائمة قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق المدبر وذلك
لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر والثاني المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة تقاصا
خمسمائة بخمسمائة مثلها بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد
عندها وذلك لا شك في طريانه فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه اشترى زيتا على ان يزنه ويطرح عنه
مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد في
عسى يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على ان يزن ويطرح بوزن الظرف
جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة ارطال
فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض
او في مقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض فالقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان
كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه فان قيل
الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمني لوقوعه في
ضمن الاختلاف في الزق والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كل واحد منهما مدع
عقدا آخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه قال واذا امر المسلم
نصرانيا اذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابح خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل
المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف قالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج
مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به وقال
ابوح المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل فالاولى اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في
المامور به وللنصراني ذلك والثانية اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم
عن اللازم الا يرى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوراثة
امر جبري والتوكيل اختياري فانى يتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل
جبري كذلك يثبت بدون اختياره كما في الموت الا يرى الى ان المأذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك
فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به
ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة وقولهما الموكل لا يليه
فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكله بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء

لنفسه وبالقاضي اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالذمي اذا اوصى الى المسلم
وقد تركها فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه والقياس على تزويج المجوسي مدفوع بان حقوق
العقد في النكاح يرجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع
في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا جامعا لفروع اصحابنا وتقريره ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي
يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك و هذا
ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد العاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا
ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق والى ما هو خلافه ففي القسم الاول جاز البيع والشرط تزيد
وكادة لا يقال نهى النبي عم عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده
العقد المطلق وفي الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك لان الثابت بالعرف
قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد
عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على الاعرف
فيه بجامع كونه شرطا والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد المتعاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع
مدة يكون العقد فاسدا لوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانه ما لا يقصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن
العوض وهو ربوا لا يقال لا نطلق الربوا الا على الزيادة الاعلى المجانس المزيد عليه والمشروط منفعة فكيف يكون ربوا لانه ما لحاز اخذ
العوض عليه ولم يعوض عنه بشيء في العقد فكان ربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده من قطع النزاع
لما عرف في بيان اسباب الشرائع وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد
يعجبه ان لا يتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط
منفعة احد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة
المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب وفي
رواية عن ابي يوسف انه يبطل البيع به نص عليه في آخر المزارعة لان فيه ضررا للمشتري من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط
الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان المعتبر بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون
الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد
لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضية الاطلاق في التصرف التخيير لا الالزام حتما والمنافاة
بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط اولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصله
غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا ولا
خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسر
في المبسوط البيع بشرط العتق وفسر المص بان باع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي
ما ذكره المص صح قوله يقيسه لانهما غيران فيصح قياس احدهما على الآخر ان ظهر جامع وان كان تفسيره عنده ما ذكر في المبسوط
فلا بد ان يفسر قول المص يقيسه يلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه وبيانا لحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة

على ذلك

على ذلك التفسير ثبت بحديث بريرة اذا جاءت على عائشة رض تستعينها في المكاتبة فقالت ان شئت عددتها لاهلك
واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلعم
وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المص عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس
جلي لما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبي عم عن بيع وشرط رواه ابو ح
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلعم والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا
لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ما ذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة اشترت
بريرة مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها النسمة من نسيم الريح
وسميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال اي معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق
خصوصا في قوله صلعم فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو معرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة
لمعنى الافعال كذا في المغرب فان وفى بالشرط واعتق بعدما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي ح وقالا يبقى فاسدا
كما كان فوجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع
وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد تحقق المشتري بما شرط او لم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا
لحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي ح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد التصرف به المغاير
للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهي للشيء متقرر له الا يرى ان العتق لا يمنع الرجوع بنقصان
العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا وجد فقد
تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز عملا بالدليلين وتامل حتى لنا تامل تخلص من ورطة شبهة لا تكاد تنحل وهي
ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا ولا فان كان الاول فتحققه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع وان كان
الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملائمة جائز من حيث الحكم فقلنا
بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب
فاسدا ووجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا اتلفه بوجه آخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط و
الكلام فيه فتقرر الفساد بخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز
بيع المدبر وام الولد والمكاتب مخير في الاجازة ولانها انما تتحقق اذا وقع الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك
غيره كما في الاعتاق والموت قال وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها
شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على ان
يقرضه المشتري احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي الف درهم فقبله المشتري صح البيع
لانها لم تلزم الاجنبي لا ضمانا عن المشتري لانها ليست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على اني ضامن
بها فاشتراط الاقراض على المشتري لان النبي عم نهى عن بيع وسلف وايضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين
في صفقة كما ذكر في المتن قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى رأس الشهر الاجل في المبيع العين باطل لافضائه الى تحصيل
الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين

احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل قال ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى
منه وهو بلا نه اقسام الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء والثاني ما صح فيه العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه
كلاهما اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او آجر داره على جارية الا حملها او رهن جارية
الا حملها او كاتب عبده على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث
انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها
وذلك لما ذكر في الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم في
اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به يتنقل بانتقاله ويقر بقراره وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء
يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا وقوله غير ان
المفسد في الكتابة استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا
لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما
اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى و
لا تصح الا ببدل معلوم وتحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود
فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن
دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه
تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه عم اجاز
العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما
الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية
فلانها ليست من المعاوضات حتى يبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث
يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على
تاويل المذكور واعترض على قوله ان الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح
افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فموجب
ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عقد الا يرى انه يصح قبول الموصى له بعد
موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يكون هاهنا لفظ العقد
مطلقا ولقائل ان يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء
في الحمل صحيحا بصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد بها فما الفرق بينهما
والجواب انا ما منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي
فما صلح ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع وقد تقدم
وجه ذلك فلا نعيده قال هاهنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة وكانهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل
قال هاهنا صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وهاهنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية قال ومن اشترى نعلا حذا

النعل بالمثال قطعها به فهي تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال وشرك النعل وضع عليها الشراك
وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما وشرط ان يحذوه او نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس
ووجهه ما بيناه انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض
على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع
لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصبغ وحده لكن جوز للتعامل جواز الاستصناع قال والبيع الى النيروز وهو
نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن
الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على
المماكسة اي المجادلة في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع
ومثلها يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم
جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة قال ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء و
كسرها قطع الزروع والدياس ان يوطئ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطء الشيء بالقدم والقطاف
بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح فيه لغة والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى قدوم
الحاج الى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتاخرها والكفالة الى هذه الاوقات
جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه
اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رض فيها فانها يشبه كانت بجنس البيع الى العطاء
وان احتمل التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن عباس رض منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا قد يشير الى ان الجهالة اليسيرة
ما كانت في التقدم والتاخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن متحملا للجهالة في اصل الثمن
لم يكن متحملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون
الوصف الخاص دون عكسه اجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف
فيمنعه واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة
لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال اعني النيروز
والمهرجان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا
لزفر رح هو يقول انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قول زفر فالنكاح الى اجل
جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا استدلال من جانب زفر بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير
وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما يتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا وان
قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد اجيب بان
هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرتم لان الفساد فيه في صلب العقد وعورض
بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهدا بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى هبوب الريح ثم اسقطا
الاجل لا ينقلب جائزا واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا ترى ان من صلى بغير

لطهارة ثم تطهر لم ينقلب صلوته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه قوله وبخلاف النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب عقدا آخر والنكاح الى اجل متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي المذكورين ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة • اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا اعني سواء فصل الثمن او لم يفصل عند ابي ح وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا لزفر فيهما اي في العبد والمدبر وفي الجمعين جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكي كبيع القن مع المدبر اجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفته الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع لزفر رح الاعتبار بالفصل الاول يعني الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع ولابي يوسف ومحمد رح اذا سمى لكل ثمنا ان الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابي ح وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر واذا كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه فكان شرطا فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وح لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا واما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر اجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذ لم يكرر البيع او الشرا وقد تقدم في اول البيوع وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الي خمسمائة اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب ان صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد واراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان وقوله ولهذا ينفذ يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر على قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد نفذ عند ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد رح بناء على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف في [illegible]

اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب بيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ هنا عرفنا المحلية فيها ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض يبقى العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنع من الصحة وهذا اي الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء بعدما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيما اي فيما اذا جمع بين القن والمدبر **فصل في احكامه** واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه اثرا ثابتا به يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار غيره الى صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح وباطل لا غير فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع يعني باذنه وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته القيمة ذكر القبض ليترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وامر البائع يعني به الاذن في القبض عم من كونه صريحا او دلالة والمعنى بدلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصحيح فانه يفيد مطلقا وقيد ان يكون في العقد عوضان مالا لفائدة سنذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور لا ينال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر بالدراهم او بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر من اهله اذ الكلام فيه والا خلل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين ان يترك باختياره فيثاب وبين ان ياتي به فيعاقب عليه فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح يقتضيه النهي فجعلناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه اتم واعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور واما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعم الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك قوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من موجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجبا للاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلان يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامة عن المطالبة والاحضار

والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والا لزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو مح وخيار الشرط انما استوى فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على انى بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اهدر اعتبار القبض وعن الثانى ان تقرير الفساد بعد القبض ثبت فى ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان فى ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها قوله ولان السبب دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعنى البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض فى افادة الحكم لان للقبض شبها بالايجاب فصار كان ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة فى نفسه فهو كالهبة فى احتياجه الى ما يعضد العقد من القبض وقوله والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعنى فى اوائل البيع واراد به ما قال له واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع فى المتنازع فيه وشىء آخر اى دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع فى الصورة المذكورة لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين يقابله الدراهم او الدنانير فى البيع هو مثمن لتعين الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك فى صورة من صور المبايعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبضه فى مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة فقال وما قبضه بغير اذن البائع فى البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هى المشهورة ووجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض فى الهبة فى مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد وذلك بالعقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام فى المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما توقف على المجلس لان القبض ركن فى باب الهبة وانه بمنزلة القبول فى حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا اشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح والتى تهب والبيع مع نفى الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية فى هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع او بالبطلان وقوله اى قول القدورى لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة فاما فى ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه

الغصب

الغصب والحكم فى الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد كل واحد من متعاقدى البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد سواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخ اما ان يكون الفساد فى صلب العقد اى يعنى فى احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابى ح ومحمد لقوة الفساد وعند ابى يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثانى فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذى له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع فى يد المشترى على حاله لم يزد ولم ينقص واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب فى شرح الطحاوى قيل المذكور فى الكتاب قول محمد ووجهه ما ذكر ان العقد قوى فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الرضا لم يتحقق فى حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابى ح وابى يوسف فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد وفى العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا فى الذخيرة والايضاح والكافى فان باع المشترى المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا ملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان ملكا لم يحل اكله ولو كانت جارية لم يحل وطئها ذكره فى شرح الطحاوى فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع فان محمدا نص فى كتاب الاستحسان على تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك وذكر شمس الائمة الحلوانى يكره الوطى ولا يحرم فالمذكور فى شرح الطحاوى محمول على عدم الطيب ولئن سلم فالوطى مما لا يستباح بصريح التسليط فقد الله اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل وان كان البيع نافذا سقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشترى الثانى بالبيع الثانى ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشترى وورث وارثه المشترى وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك نقضا واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر فى فسخها كما ان ولم يذكر محمد من يفسخها وذكر فى النوادر ان القاضى يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثانى بان ملك الوارث فى حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشترى بحكم الفساد وهذا بخلاف ما اذا اوصى المشترى بالمشترى لشخص ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشترى الثانى فى ثبوت ملك متجدد له بسبب اختيارى ليس فى حكم عين ما كان للموصى ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان فى يد الحلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال فى موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاول دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثانى مشروع باصله ووصفه

لاخلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح قوله ولانه حصل
بتسليط من جهة البائع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه
فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل وتوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب انه لا
التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي
مقرر واذا انتهى فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته قوله بخلاف تصرف المشتري
جواب عما يقال لو كان تعلق حق العبد بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم ينقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من
البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ان قال ان كل واحد من حق المشتري
والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما الآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع
النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ
يتحول الصفقة اليه فيبقى تصرفات المشتري بلا سند فينتقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع ليكون نقضه نقضا
لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك
قال ومن اشترى عبدا بخمر وخنزير فقبضه ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه باذن البائع واعتقه او باعه بيعا
صحيحا واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد رح لو تركه او وهبه وسلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جائز
وعليه القيمة اما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون
بنفسه بالقبض فشابه الغصب بالاعتاق قد هلك فصار كمغصوب هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع انقطع
حق الاسترداد على ما مر آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن اذا
اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن
لزوال المانع وهو تعلق حق العبد قيل وليس تخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فائدة لانه ثابت في جميع الصور اذا
انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد بعود
قديم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان بعد القضاء
بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضي على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد قوله وهذا اي
انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار
ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا ولعل في الجواب اشارة الى المذهبين فيها قال وليس للبائع في البيع الفاسد
ليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح
بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا او قيمة وهذا الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا
وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لا يدفع المبيع الى ان ياخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه
يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وههنا المبيع بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البائع
فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه تقدم عليه حال حياته لما تقدم من ان للمشتري حق منع البائع من المبيع الى ان
ياخذ ما ادى اليه وكل من تقدم عليه حال حياته تقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة

وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها
فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص لا تتعين والقرض الفاسد وهو بيع
الدراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية
ابي سليمان ما ذكره المصنف ان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على وجه مشروع وقيل في حكم
النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد يجب ردعينها اذا كانت قائمة وان كانت مستهلكة اخذ مثلها
لما بينا انه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شيء
يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قال ومن باع دارا بيعا فاسدا من باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه
قيمتها عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ينقض البناء ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها وذكر في الايضاح ان
قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع ابي حنيفة رح لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع لانه يحتاج فيه الى
القضاء او الرضا ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البائع بيعا
فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالاقوى لا يبطل به وهو بناء وحق الشفيع
لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك ولابي حنيفة رح ان البناء والغرس حصل للمشتري بتسليطه من جهة البائع
كل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا
لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع وكذا لو باعها من آخر فانه ياخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن او بالاول
بالقيمة وان كان لا شفعة في البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط
منه اقوى من حق البائع لوجوده منه وهذا التقرير ينبئك ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة قيل
وانما ادخله فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعل ذكره لان
ملحقه بالبيع في كونه منهيا مقررا الا انه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك فينقطع به حق الاسترداد
كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء لصيرورته بمنزلة
البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد
وجب نقضه لحق البائع بطريق الاولى لان فيه اعدام الفاسد واذا تؤمل ما ذكر فليس بوارد اذ البائع مسلط دون
الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا
نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع
وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع لما هو فسخ واجيب بوجود مانع آخر
فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما
وجب ضرورة ايفاء حق الشفيع فصار النقض بمقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضي على وجه يبطل به
المقتضى وهو التسليم الى الشفيع روى وجوب القيمة في هذه المسئلة عن ابي حنيفة رح يعقوب رح ثم شك بعد ذلك في حفظ
الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد رح على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند
ابي حنيفة رح للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا شفعة للشفيع فيها

قوله وفيه تقرير العقد الفاسد ممنوع لان [illegible] انما حصل من بناء المشتري [illegible] حق الشفيع لانه لا شفعة في البيع الفاسد الا بعد [illegible] مسقوط حق [illegible] العيني

وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجوب الملزوم بدون لازمه محال وعلى هذا فمن حفظ مذهب ابي حنيفة رح في ثبوت الشفعة لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في رواية يعقوب عنه لمحمد رح قال شمس الائمة السرخسي رح هذه المسئلة من المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رح قال ابو يوسف ما رويت عن ابي حنيفة رح انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك بنقض البناء وقال محمد بل رويت لي انه ياخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة رح كذا وانما قال ما رويت وفيه تامل ولما كان هذا الموضع محتاجا الى تاكيد كرر المص قوله شك يعقوب في الرواية وفي كلامه نوع انغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير الراوي في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن ابي حنيفة لمحمد رح

قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال على نوعين نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كما عداهما والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما الاول فانه يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والثاني يؤثر فيهما جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعيين فيهما انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يتركها ويدفع الى البائع غيرها لان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها او غصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند ابي حنيفة ومحمد رح لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والفرض وجوده ولهما ان العقد تعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخ اما ان اشار اليها ونقدها او اشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهته لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين تنزل الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن الذي كان شبهة خبث لحصولها بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها قيل بالحديث وهو ما روي ان النبي عم نهى عن الربوا والريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير اما اذا كان شبهة الشبهة ايضا داخلة في الريبة فقد ثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت

لاعتبرت ما دونها ايضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قل ما يخ عن شبهة شبهة فما دونها

قال وكذلك اذا ادعى رجل قال لاخر لي عليك الف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعى وربح طاب له الربح ولا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين ثبت بالتسمية بدعوى المدعي واداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا الملك لكن لما تصادقا انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ لا امتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان مما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذ الاستحقاق قصدا في مقابلته لا فيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين

في مقابلته

فصل فيما يكره قيل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به واخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير ونهى النبي عم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال عم لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح حرام وهذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاد شخص لا يريد الشراء الى ما يبلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاع الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره قال صلعم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة والبائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان فكان النهي عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلبه الاول من الثمن وكذلك في النكاح اما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس رض ان رسول الله صلعم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد

قال وعن تلقي الجلب اي ونهى عم عن تلقي الجلب اي المجلوب وصورته المصري يخبر بمجيء قافلة بميرة فيتلقاهم ويشتري الجميع ويدخله المصر ليبيعه على ما اراده فذلك لا يخ اما ان يضر باهل البلد اولا والثاني لا يخ من ان يلبس السعر على الواردين اولا فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور للمنفك وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فقد غرر وضرر وهو قبيح فيكره والا فلا باس بذلك

قال وبيع الحاضر للبادي اي ونهى عم عن بيع الحاضر للبادي فقال عم لا يبيع حاضر لباد وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال فلا يخ اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا يكون اللام في للبادي بمعنى من وقيل في صورته نظرا الى اللام ان يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة

قال والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلعم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تع وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة فقوله ثم فيه بيان القبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا وقفا يتبايعان واما اذا ابتاعا ماشيان فلا اخلال فلا كراهة وقد تقدم في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال والكل من الثاني المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد اي القبح في امر خارج زائد اي مجاور وليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة وتفسير بيع من يزيد وما روى انس رض قد مر آنفا نوع منه اي هذا الذي نشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين او صغيرا

وكبيرًا احدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه
وبين احبته يوم القيمة قوله ووهب معطوف على قوله من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه السلام ووهب النبي عليه السلام
لعلي غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال أدرك أدرك ويروى اردد اردد ووجه الا
ستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما
وهو تفريق ولم يتعرض للمبيع فقلنا بكراهة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور فينفك عنه لجواز ان يقع ذلك بالهبة و
المعنى المؤثر في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع
من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد النبي عليه السلام على ذلك بقوله من فرق بين والدة وولدها ان كان المراد
بترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عليه السلام
من لم يرحم صغيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون احدهما ذا
رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى والصغير قصدًا فلا يدخل محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا
ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان احدهما اخا رضاعا للآخر او كان امه او اخته من الرضاع او كان احدهما ولد عم
او خال او كان احدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص النافي ورد بخلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التصرف
بوجود الملك المطلق المتصرف من الجمع والتفريق كما في الكبيرين وكلما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده
الوالدة وولدها والاخوان قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول
بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب بما اشرنا
اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بدون ضرر للمولى
او الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة اذا ساواه لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه
فلا تناقض بين قوله معلول على هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة والمحرمية
ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح وما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق
معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدهما صغيرا
فكانت العلة منقوضة او لزم التزام القول بتخصيص العلل الفاسد عند عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا صار احدهما
في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره او استولدها ان كانت امة فانه لا بأس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى احدهما
جناية في نفس او مال فان للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة و
الثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره بالبيع يكره بالشراء والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع
احد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية
ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه
ورضاء امه ولزم التفريق واذا تأملت ما مهد لك آنفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر اما
الاول فلان بيع احدهما امتنع من معنى شرعي حتى لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار
به ولا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف تحمل الا انه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث واما الثاني فلانه

لو الزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم
عن شراء تضرر الصغير قصدا وعادت على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشأن فيها وضرر ذلك في الدنيا
لفرضية الاسر والقتل وفي الاخرة لان الظاهر من نشأ من صغره بينهم ان يكون على دينهم واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين
مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف وعلى ظاهر الرواية انما جاز
لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فيتعين رده دفعا للاضرار عنه واما في السادس
فلان الاعتاق هو عين الجمع باكمل الوجوه لان المعتق والمكاتب صار احق بنفسه فيدور هو حيثما دار اخوه ويتعاهده
على ما اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه
واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر فيما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون
في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما
في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه وذكر العيني مطلقا انه يدخل
كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له او كبيرا وهما في مؤنته او لا وسواء كان زوجته او مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما من
احد هؤلاء اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم تفريعه في اثناء الاسولة وجوابها وروي
عن ابي يوسف انه قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفداء اولى قال فان فرق كره ذلك
وجاز العقد • فان فرق كره ذلك واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او بالقسمة في الميراث والغنائم او الهبة
او غير ذلك والبيع جائز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقوتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام
لعلي أدرك أدرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد
كالاستيام والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع منه احدهما قوله وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق
بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح ان النبي عليه السلام فرق بين
مارية وسيرين وكانتا امتين اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة
واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له ابرهيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة
ذكره ابن عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له واما اذا كان كافرا فلا
يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع **باب الاقالة** الخلاص عن خبث البيع الفاسد
والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلقا خاصا بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب
اليه البعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ندب عليه السلام اليها بانواع
التحريض عليها من الثواب اخبارا او دعاء وكلاهما لا يكون الا المشروع وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان شرط اكثر منه او اقل
فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة عن الثمن الاول
والنقصان منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيع جديد في حق
غيرهما ولهذا يجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما

لم يكن له ذلك فشرط التقابض اذا كان البيع صرفا فكانت في حق الشرع بيعا جديدا وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما ذكرنا ومعناه ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولى فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولذا كان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند ابي ح ره وعند ابي س بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا ان تعذر جعلها فسخا فيبطل كما اذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا باكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد ره بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني ان حقيقة ذلك يقال في الدعاء اقلني عثرتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو س بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك وعضد بثبوت احكام البيع من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا او محتملة له لانعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم على المروي عن بعض المشايخ وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فيبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ماله وجود اعني به سابقة العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف جعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد معناه على ذلك التقدير بعتك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقة العقد واستدل ابو ح ره ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك يصار الى المجاز ان امكن والا بطل وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا اعني ابتداء العقد لانه لا يحتمل لكونها ضده واستعارة احد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولو لم يحتمل البيع لم يكن كذلك اجاب المص بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو ملك البائع بدلا ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه ابسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضرورته والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضرورته فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما ثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما ولاية على غيرهما ووجه آخر ان المدعى ان يكون الاقالة في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضاها فلو كان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال والجواب لابي ح ره عما استدل به ابو س من ثبوت الاحكام ما قيل الشرائع تبدل الاحكام ولا تغير الحقائق فانه اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يتغير ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقائق فلا تخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ اذا ثبت هذا اي ما ذكر من الاصل يقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على

الوصف

الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه نفعا لاحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربوا ولان في الشرط شبهة الربوا وهي معتبرة وكذا اذا شرط الاقل من الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب صورة هذه المسائل الثلاث ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالدراهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت بالالف ولغى ذكر الباقي وان تقايلا بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغى النقص ووجب على البائع رد الالف على المشتري وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه او لا وقال بعض المشايخ تاويل المسئلة ان لا هذا عند ابي ح ره وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي س وعند محمد ره وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا للكلام العاقل عن الالغاء ولا اثر في الزيادة والنقصان عند ابي س لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه لو سكت عن جميع الثمن وقال كان فسخا فهذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن انما يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول لا يرد على المخالف والثاني غير واقع لان ابا س انما جعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي ح ره ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا لا يبطل الاقالة عنده لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ما ذكر في الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال ومنفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي ح ره لانه لا يصححها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضا من له الحق في الزيادة يبطل حقه فيها والتقايل دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابي ح ره ومحمد ره واما عند ابي س ره فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده

قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة • هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية ووجب رد قيمة العبد ولا يبطل بهلاك احدهما بعد وجودها لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد فقد بطلت

الاقالة ولا تبطل بالمقايضة فانها لا تبطل اذا هلك احد العوضين قبل القبض وكان احدهما الكا وقت البيع فانها لا تصح
ان كل واحد منهما في معنى الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فتجوز بعد هلاك احد
العوضين بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع في كل وجه وهلاك
المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيل بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة بخلاف
الصرف فان هلاك البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان كل واحد في العوضين في حكم المبيع والثمن كما في المقايضة
لانهما لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل برد المقبوض ورد مثله سيان فصار هلاكهما كقيامهما وفي
المقايضة تعلقت باعيانهما قائمين ففي هلكها لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الاقالة واعلم ان الاقالة يصح بلفظين يعبر بهما
عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع ولهذا ان الاقالة لا يكون الا بعد نظر وتامل فلا
يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وهو فارق البيع

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو البيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرد فيهما شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من
المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد الاول
بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس اما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الثاني
مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب
مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه وبانه مشتمل على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن
الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول ومثله لا سبيل الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا
في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخ اما ان يراد المثل من حيث الجنس والمقدار والاول ليس بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا
باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير
او على العكس وان كان معلوما يجوز بها لشراء لان الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز
وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول وعلى ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو هلك ثوبا بهبة او وصية فقومه ثم باعه
مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط قيل فعلى هذا الاولى ان يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عليه والجواب عن الاول
انا لا نم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء
واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا حتى لا يقدر المالك على رد القيمة واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار
والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا
يجعل مجازا عما قام عليه من غير خيانة فيدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون
من باب ترك الحقيقة للعادة قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المرابحة
من حيث لفظ العقد والثمن الاول والجواب الجواب والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير
انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصفقة كاشفة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الزكي المهتدي
وتطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من النبي عم كما ذكر في الكتاب فوجب القول بجوازهما لوجود المقتضي
وانتفاء المانع ولهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين اي مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها

واكد

واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة واصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول
من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن وكان فيه شبهة عدم المماثلة فيشبه
الخيانة كما لم يجز بيع المجازفة في الاموال الربوية لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه **قال**
ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل لا يصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا انه
مبناهما على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان امكن فقد لا يمكن عن شبهتها لان
المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ الفرض عدمه
فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل
من البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شيء من الكيل والموزون الموصوف لاقتداره
على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الاول عشرين
كان الربح درهمين وان كان ثلثين كان ثلثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات
الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء في احد عشر جزءا من الثوب والجزء الحادي عشر ليس
الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخ اما ان يطلق
الربح او ينسب الى رأس المال فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثاني
كقوله بعتك بربح العشرة او ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف
الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس
المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء تزيد في ذلك فالصبغ
واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا
كيلا يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه العقد المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا فانا
ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف
اجرة التعليم فاذا انفق على عبده في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في
المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان
فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه
بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها في الثمن وقال ابو يوسف يحط منهما اي في المرابحة والتولية و
قال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق
العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف
ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول وكان
انه معلوم واقتصر عن التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهر الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية
فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو وفي
المرابحة من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة في الا

وهو درهمان ويحط من الربح درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهماً وعند ابي يوسف رح لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانها تكون بالثمن
الاول وهذا ليس كذلك لانه يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت
من غير تغير التصرف ولكن يتفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما
يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا
يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل
الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز عن
تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد رح في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل
من الثمن دفعا للضرر عن المشتري قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح الكلام في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر
وانما الكلام في دليلهما قالا العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول وهو ظ وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة
عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشتري مشتريه وقال ابو ح رح شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد
الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرف السقوط وللتأكيد في بعض
المواضع حكم الايجاب كما لو شهدا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكيد ما كان على شرف السقوط
واذا كان شبهة الحصول ثابتا صار كانه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب
بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا كما في بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على
آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط
حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا امكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما اذا باعه بعشرين
لانه يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان
التاكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازا عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع والشرع عين جواز المرابحة لمعنى راجع الى
العباد فيؤثر التاكيد في المرابحة واما جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا فحق الشرع فلا يكون للتاكيد فيه شبهة الايجاب كذا
نقل من فوائد العلامة حميد الدين رح بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح المشتري الاول
بالشراء الثاني فانتفت الشبهة قال واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط
برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في
هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد وقيل كون العبد
ملكا للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين ويستخدم بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز
فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد
بالدين المحيط بالرقبة لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة
ولا ملك التصرف وهكذا قيد محمد رح في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي ولابد
قيد لما ذكرنا قال وان كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة
وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه من غير

على خمسة

على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر فيه شبهة
العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بالغير لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا ووجه الجواز عندنا
اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف
فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفائدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة
الا يرى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في عقده لفائدة انقسام الثمن
واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر وقد استوضحه المص بقوله الا يرى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع
الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكل فيه واذا كان فيه شبهة
العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لانه ملك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في
اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قال ومن اشترى جارية فاعورت اذا اشترى جارية سليمة
فاعورت عند المشتري بآفة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطي جاز له ان يبيع مرابحة ولا
يجب عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما تقدم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قوله ولهذا توضيح لقوله لانه لم يحتبس
عليه شيء يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها
الوطي لا يقابلها الثمن وعورض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطئها ثم وجد عيبا لم يتمكن من الرد وان
كانت ثيبا وما ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطي بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز الرد
باعتبار انه ان ردها فاما ان يردها مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم
يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطي للمشتري مجانا والوطي يستلزم
العقر عند سقوط الحد لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف رح انه لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعورار من غير بيان
كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بآفة سماوية
او بصنع العباد واما اذا فقأ عينها راجع الى اول المسئلة وفي بعض النسخ قلنا فيكون جوابا لقول ابي يوسف والشافعي رح يعني
فقأ المشتري عينها بنفسه او فقأها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لانه صار مقصودا بالاتلاف
اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره فلانه خيانة توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري
حابسا لجزء من المعقود عليه فيمتنع المرابحة بدون البيان وعبارة المص تدل بالتنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير وقال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأ الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب
ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش وذكر
نقل المبسوط كذلك وكذا ان وطئها وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها
فلا بد من البيان واذا اشترى ثوبا فاصابه قرض فار بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص ابو اليسر على انه بالفاء
او حرق نار جاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة بلا
بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة
ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل

شبيهًا بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة
بثمنهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء
بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعورار العين واجيب بان الزيادة
هناك ليست منصوصا عليها انها في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول ان اجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار
فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيشير المص الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا
في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة
المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا لان الاكان ما
فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل قال وان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرابحة فيما علم المشتري انه كان اشتراه
باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على
الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن
حقيقة وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق
وسيأتيك من بعد في مسائل منثورة قبل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روي عن محمد انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد
الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو قول ابي جعفر البلخي يقوم بثمن حال
وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد قيل لعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون
الثمن بعد شهر اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال قال ومن ولي رجلا شيئا
بما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري
بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه وان شاء ترك اما الصحة
فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة
واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس بعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح ونظيره البيع بالرقم
في صحة البيان في المجلس تقرر فساده بعدمه واما خيار المجلس للمشتري فلخلل في الرضاء لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا
يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به **فصل فيما ينقل ويحول** وجه ايراد الفصل ظ لان
المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن
الاوصاف كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيئا مما ينقل نقلا حسيا وهو المراد بقوله يحول فسمي به لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر
لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك رح في تخصيص ذلك بالطعام ولا تمسك له
بما روي عن ابن عباس رض انه عم قال ان اشترى احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل
على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال لا احسب كل شيء الا مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا او كان ذلك
معروفا من الصحابة حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى عمر رض انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني
به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه
الى رحلك فان رسول الله عم نهى ان تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف ليقع

على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل القبض فان كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع
قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه لان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة
فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع
في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه فالهبة اولى وقوله ولان فيه غرر انفساخ العقد
استدلال بالمعقول وتقريره في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع الاول في يد البائع والغرر
غير جائز لانه عم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم
على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا واجيب
بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق المسوغ للتصرف في المطلق بقوله تع واحل الله البيع وحرم
الربوا وليس ما بعد القبض في معناه لان فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة
فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث اعتبارا بالمنقول بجامع
عدم القبض فيهما وصار كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض بجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن فان المقصود من البيع الربح
وربح ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله لكونه بالغا عاقلا غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر
معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه
موجود ومنع انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا جاز البيع فيه قبل
القبض صار ملكا للمشتري وح لا يملك المشتري الاول الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء عاد له الرد والاولى ان يقال كلامنا
في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الانفساخ واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث
معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع
النص وهو ما روي انه عم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص
لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فيحمل على المنقول كذا في المبسوط
وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع ولم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا انه
نهى عن بيع ما لم يقبض من ملك الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان
انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك لان الشيء لا
يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك لان الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا فرديا واعلم اني اذكر لك ما سنح في هذا الموضع بتوفيق الله على
وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا بعموم قوله تع واحل الله البيع لكنه
خص فيه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تع وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه نهى عن
بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ او لا فان كان فقد ثبت المط حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع
التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة ان النبي عم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين ادلة الجواز وذلك
يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال للشبوت النوقيح والاعمال متعين لا محالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق وبدل

الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله اعلم بالصواب قوله والاجارة جواب عن قياس محمد صورة
النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف فان في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته
لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح
لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او
موزونا موازنة ● اذا اشترى المكيل او الموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد واراد التصرف فذلك على اقسام اربعة
اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك ففي الاول
لم يجز للمشتري من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان النبي عم نهى
عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف
في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو مرتب للتصرف وهذه العلة موجودة في الموزون فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج الى كيل
لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى الكيل لانه لما اشتراه مجازفة ملك جميع ما كان مشارا
اليه فكان متصرفا في ملك نفسه قال المص لان الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بان من الجائز
انه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنى عشر في الواقع فيكون زيادة على
الكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من التمحل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بان باع
مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زائد على ما ظنه والزائد للمشتري ويجوز ان يجعل من باب الفرض ومعناه ان
المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض على المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فقد المانع
على تقدير وجوده لم يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كما في قوله تع ان تدعوهم لا
يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البائع بحضرته لان الكيل
شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان
قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال الزيادة
على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه دعوى مجردة واجيب بان النص عن عمومه ذلك
بان يقال قوله تع واحل الله البيع وحرم الربوا يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بالربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وكان
فيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا للتعيين المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان
في النص ما يدل على انه معلول بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل ثم قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه
بهبة او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا كما سيأتي وحكم بيع الثوب مذارعة حكم
المجازفة في الكيل لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد به النص بخلاف
القدر فانه مبيع لا وصف لا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لانه
الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير
معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح
انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على

ما سياتي في باب السلم ان من اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قبضا وان
امر ان يقبضه لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان في كلام المص ايهام
التناقض وذلك لانه وضع المسئلة اولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث
ثم ذكر في آخر المسئلة ان الصحيح ان يكتفي بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون عقدا واحدا بشرط الكيل
لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل
فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ودفعه بان يكون المراد
بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة
وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في هذه
الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فكانه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في اول المسئلة
وما سياتي في باب السلم واما فيما نحن فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع
يقتضي ان يكتفي بالكيل الواحد في اول المسئلة ايضا كما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة او
قياس واستحسان لكان مرفعا جاريا على القوانين لكني لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عن
ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه ليس بمال الربوا ولهذا اجاز بيع الواحد بالاثنين وكان كالمذروع وحكمه قد مر وكالموزون
فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الكرخي لانه لا تحل الزيادة الا ترى ان من اشترى جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم يسلم له الزيادة
ولو وجدها اقل يسترد حصة النقصان من البائع كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون قال والتصرف
في الثمن قبل القبض جائز ● التصرف في الثمن قبل القبض جائز سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون
حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان ياخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رض كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان
الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوزه رسول الله صلعم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو
غرر الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اي في النقود بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في
الثمن ● اذا اشترى عينا بمائة ثم زاد عشرة مثلا او باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق
تعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى
يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل
والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا
وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة ابتداء لا يتم الا بالتسليم لهما انه لا
يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد المسمى ثمنا فالزيادة في الثمن يكون
في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عنه فصار برا
مبتدأ ولنا ان البائع والمشتري بالحط والزيادة غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان المبيع المشروع
خاسر ورابح وعدل والزيادة في الثمن يجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك
الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان

التصرف في صفة الشيء اهون من التصرف في اصله فصار كما اذا كان لاحد العاقدين ولهما خيار الشرط فاسقطاه او شرطاه بعد العقد
فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم
بذلك الشيء لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك اعتبارا
للكل بالبعض اجاب المص بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير بوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر
المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد
لانه اما ان يبقى بيعا بالا لعدم الثمن وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك او يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون
الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلحق حط البعض باصل العقد
وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة
وعلى الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري فالمشتري قال لآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية
على ما بقي من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة
ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط قوله وانما كان للشفيع جواب سؤال مقدر تقديره لو كانت الزيادة
ملتحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة
لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطاله وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما وهذا كله اذا كان المبيع قائما
واما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون
في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما
يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وروى الحسن
بن زياد عن ابي حنيفة انه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه ان يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا
كانه جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان العقد بالعاقدين لا بالمحل
واشتراط المحل لاثبات الملك او ابقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد اي المعقود عليه في حقه فائدة فاما فيما وراء ذلك
ففيه فائدة فيبقى والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض
سقط بحصتها شيء من الثمن **قال** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا بثمن حال ثم اجله لا يخلو اما ان يكون الاجل
معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلتحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين فلا يتأجل كالقرض
ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتاجيل رفقا بمن عليه ولان التاجيل ابراء موقت الى حلول الاجل وهو يملك
البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة الموقتة اولى وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الجهالة فاحشة او يسيرة
فان كان الاول كما اذا اجله الى هبوب الريح ونزول المطر لا يجوز وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم
يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اواخر البيع الفاسد **قال** وكل
دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا كل دين حال يتأجل صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله
وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك
التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم

التاجيل

التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو
ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتبرناه على الابتداء وقلنا بجوازه بلا
لزوم ونوقض بما اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم من ثلثه
ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما
وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يرى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت
معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا
للموصي **باب الربوا** لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله
شرع في بيان انواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر وهذا
لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد الا تصنف
شيئا في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام
والرغبة في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة من ربا المال اي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية
وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب وفي الاصطلاح الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع **قال** الربوا في كل مكيل او
موزون اي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال ويوزن اذا بيع بمكيل او موزون من جنسه فالعلة
اي لوجوب المماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال المص ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه يتناولهما
وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر والاصل فيه الحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله عم
الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة
على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم
ويروى بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه
واعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر بالتمر مماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذلك في
الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما يطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبتين
منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن
الصامت جيدها ورديها سواء كلام رسول الله يفسر بعضه بعضا فان قيل تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح واجيب
بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء
اذا مات كذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة وقوله يدا بيد المراد به عندنا عينا بعين وعند الشافعي قبض
بقبض وقوله والفضل ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات احدهما على الآخر حرام والحكم معلول
باجماع القائسين احترازا عن قول داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة
والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان
والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية لوح لا يكون لها اثر في تحريم
النساء فلو اسلم هرويا في هروي جاز عنده وعندنا لا يجوز لوجود احد وصفي العلة وسيأتي والمساواة مخلص يتخلص بها

البستي ح

عن الحرمة لانه اى الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدًا بيدٍ مثلًا بمثلٍ منصوبان على الحال والاحوال
شروط هذا فى رواية النصب وفى رواية الرفع يقال معناه على النصب الّا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكل ذلك
اى وكل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كالشهادة فى النكاح فاذا كان عزيزًا خطيرًا يعلّل بعلةٍ تناسب اظهار الخطر والعزة
وهو الطعم فى المطعومات لبقاء الانسانية والثمنية فى الاثمان لبقاء الاموال التى هى مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية فى ذلك
اى فى اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطًا والحاصل ان العلة انما تعرف بالتاثير وللطعم والثمنية تاثير كما ذكرنا وليس للجنسية
اثر لكن العلة لا تعمل الا عند وجود الجنس فكان شرطًا لان الحكم يدور مع الشرط وجودًا عنده لا وجوبًا به ولنا ان الحديث
اوجب المماثلة شرطًا فى البيع بقوله مثلًا بمثلٍ لما مرّ انه حال بمعنى مماثلًا والاحوال شروط ووجوب المماثلة هو المقصود
بسوق الحديث لاحد معانٍ ثلاثٍ لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو انما يكون لكونه مبادلة والتقابل يحصل
بالتماثل لانه لو كان احدهما انقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجهٍ او صيانة لاموال الناس عن التوى لان احد
البدلين اذا كان انقص من الآخر كان التناول مضيعًا لفضل ما فيه الفضل او تتميمًا للفائدة باتصال التسليم به اى بالتماثل
يعنى ان فى النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرط المماثلة قبضًا بعد مماثلة كل منهما الآخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت
الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرًا لا بيان المماثلة من حيث القبض
والاولى ان يقال لو لم يكن احد العوضين مماثلًا للآخر لم يتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعًا فى حق
احد المتعاقدين وضررًا فى حق الآخر واذا كان مثلًا للآخر يكون نفعًا فى حقهما فتكون الفائدة اتم بعد القبض لكونه
نفعًا فى حقهما جميعًا ولقائلٍ ان يقول هذه الاوجه الثلاثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحقيقه فى سائر البياعات
لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل فى الجميع لئلا يتخلف العلة
عن المعلول والجواب ان موجبها فى الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لا علة ليتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة
لزم عند فوته حرمة الربوا لان المشروط ينتفى عند انتفاء شرطه ولقائلٍ ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوت شرط الحل ان لو وجد
الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما
هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه فى التقرير على وجه اتم فليطلب ثمة
قوله والمماثلة بين الشيئين بيان علية القدر والجنس بوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة
والمعنى وهو واضح والمعيار يسوّى الذات اى الصورة والجنسية تسوّى المعنى فان كيلا من برٍ يساوى كيلًا من برٍ
من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائلٍ
ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع فى الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلًا لاثبات الشرط
وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين
وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة فى الاشياء الستة
شرطًا فاثبتناه فى غيرها تعدية فكان جائزًا فاذا ثبت وجوب المماثلة شرطًا وهى بالكيل والجنس يظهر الفضل على ذلك فيتحقق
الربوا لان الربوا هو الفضل المتحقق لاحد المتعاقدين فى المعاوضة الخالى عن عوض شرط فيه اى فى العقد قوله ولا
يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سؤال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس يكون بالوصف وتقرير الجواب لا يعتبر الوصف

لانه لا يعد تفاوتًا عرفًا فاذا استويا لذاتًا صورة ومعنًى تساويا فى المالية والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة
فى المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب اليسر وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا فى القيمة فى العرف
ولان فى اعتباره سد باب البياعات لان الحنطة لا يكون مثلًا للحنطة من كل وجهٍ فالمراد البياعات فى الربويات لا مطلق
البياعات لان فى اعتبار الجودة فى الربويات ليس سد باب مطلق البياعات او لقوله جيدها ورديها سواء قوله و
الطعم والثمنية جواب عن جعله الطعم والثمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما
لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيها الاطلاق لشدة الحاجة دون التضييق الا ترى ان الحاجة اذا اشتدت
اثرت فى اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف تؤثر فى حرمة المباح بل سنة الله جرت فى التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج
كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل فى هذه الاموال جواز البيع بشرط المساوات و
الفساد لوجود المفسد فلا يكون المساواة مخلصًا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا
بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلًا بمثلٍ او كيلًا بكيلٍ او وزنًا بوزنٍ جاز البيع لوجود المقتضى وهو المبادلة المعهودة
فى العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة فى المعيار كما ورد فى المروى وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا بانتفاء الشرط
والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردى الا متماثلًا قال ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين اى ومما يترتب على
الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل
يظهر بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل فى الحفنة والحفنتين فينتفى المماثلة فينتفى تحقق الفضل واوضح
ذلك بقوله ولهذا اى ولان الحفنة والحفنتين لم تدخل تحت المعيار الشرعى وجب القيمة عند الاتلاف لا المثل فلو
بقيت مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعى لا
يجوز لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجد والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنتين وتفاحة
بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوى وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات
منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير فى الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ نصف
الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا فى المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلًا او موزونًا غير مطعوم بجنسه متفاضلًا كالجص
والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال فاذا عدم الوصفان اذا
ثبت ان علة الحرمة شيئان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الآخر فالاول ما تقدم والثانى نظهر عنده حل
التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعنى اذا كانت اصلًا وقد
تركت بوجود العلة التى هى القدر والجنس يظهر عند عدمهما لان العدم يثبت شيئًا واذا وجد احدهما وعدم الآخر
حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويًا فى هروى وحنطة فى شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما حتى
لو باع عبدًا بعبدٍ الى اجلٍ لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعى الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت
الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز فى الجنس حتى جاز بيع الهروى بالهرويين والعبد بالعبدين
فالشبهة اولى قيل ليس فى تخصيص الجنس بالذكر فى عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر ايضًا كذلك فانه يجوز اسلام
الموزونات فى الموزونات كالحديد والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم توجد عنده فى

صورة الجنس واما في صورة القدر فقد يوجد فانه لم يجز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذلك بيع الحنطة بالشعير وان
كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المص من انه مال الربوا
من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى
محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة او مقارنة لها وهو خلاف
الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه ربوا النسيئة مال الربوا من وجه نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير
او الجنس كالهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما
فلكل منهما شبهة العلة وشبهة العلة يثبت بها شبهة الحكم والتقدير وجب فضلا من المالية فيتحقق شبهة الربوا في محل
صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين احدهما ما قيل ان كونه مال الربوا من وجه
شبهة وكون النقد وجب فضلا شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني ان كون شبهة الربوا
كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب ان يكون الشبهة
كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة و
المحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة
مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المص لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي تدل على كل واحد منهما كما
استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي عم جهز جيشا فامره ان اشترى بعيرا ببعيرين
الى اجل للشافعي ره وبما روى ابو داود في السنن عن النبي عم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان التاريخ
ونطرق احتمال التأويل ادت منعا عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به اولى من المذكور في
الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها وقوله الا انه اذا اسلم استثناء
من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود
الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة
الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات وهي معربة سنك ترازو ونقل عن الفراء
ان السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين واما الثاني فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود
ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه اذا باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد
المشار اليه على انه عشرة دراهم مثلا وقبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه منوان مثلا
وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من
كل وجه فينزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة
الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد
جمعهما الوزن لان انطلاق الوزن عليهما بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم
يجمعهما حقيقة وفي عبارة المص تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الائمة بل يقول انهما
في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا احمل قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن فذلك اعتبار لابد

على ما ذكر

على ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل في راس المال هو النقود
فلو لم يجوز لوجود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فاثر شرع الرخصة في التجويز
وهذا من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به قال وكل شيء نص عليه رسول
الله صلعم كل ما نص رسول الله صلعم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكيل ابدا وان ترك الناس
فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدا لان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من
تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على
العرف لانها اي عادات الناس دلالة على جواز الحكم فيما وقع عليه لقوله عم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن
ابي يوسف ره اعتبار العرف على خلاف منصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك
الوقت انما كان للعادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك
فعلى هذا لو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عندنا بيع ومع
وان تعارفوا لتوهم الفضل على ما هو المعتاد فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره
الطحاوي لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في السلم
وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه ذكر في المجرد عن اصحابنا انه لا يجوز فكان في المسئلة روايتان
قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواقي جمع اوقية كالاثفية والاثافي وقيل هي وزن سبعة
مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت
بطريق الوزن اذ تعديلها انما يكون بالوزن وهذا يحتسب ما يباع بالاواقي وزنا بخلاف سائر المكاييل متصل بقوله لانها قدرت
يعني ان سائر المكاييل لم يقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا
يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف وزنه
جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال يريد به الادهان جمع دهن ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن
الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء في وزن كل وعاء حرج فاتخذ الكيل
لذلك تيسيرا فعرفنا ان كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن قال وعقد الصرف ما وقع على جنس
الاثمان عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر خبر ان لقوله عقد الصرف و
معنى يعتبر يجب لقوله عم الفضة بالفضة هاء وهاء يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه
خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد جريا الى افادة معنى التعيين كما بين و
ما سوى جنس الاثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي ره في بيع الطعام اي كل مطعوم سواء بيع
بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير او تمر فانه اذا افترقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على
ذلك بقوله عم في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية وبانه اذا لم يقبض في
المجلس يتعاقب القبض للنقد منهما فيثبت شبهة الربوا كالحال والمؤجل ولنا ان ما سواه اي الاثمان مبيع متعين لانه يتعين بالتعيين
وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين لان الفائدة المطلوبة

بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في
الصرف اجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه للتعيين فان النقود لا تتعين في العقود ومعنى قوله م جواب عن سند
الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق له دليل على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضه
عينا بعين ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب اما عندنا
فلان الشرط هو التعيين دون القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الآخر وقوله يدا بيد يحتمل ان
يكون المراد به القبض لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره
فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض في
الصرف ومعنى العين في بيع الطعام لانا نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو في معنى العين
والمحال كلها لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب بيع باناء مثله لئلا
يلزم عدم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط واجيب بانه وان تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه
شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقتكم في ان الاثمان
لا تتعين واما الشافعي فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره بطريق المبادي ههنا لثبوته بالدلائل المذكورة على ما عرف
في موضعه وقوله وتعاقب القبض جواب عن قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس ووجهه ان المانع تعاقب بعد تفاوت في
المالية عرفا كما في النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد
ان يكون حالا معينا قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين نقدا
المعيار وان كان نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت امثالا الا في ضمان المستهلكات
فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب بان التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على هدر التفاوت فيعمل ذلك في حقهم
وهو ضمان العدوان واما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فيعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا وخالفنا
الشافعي فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما بيع الفلس بجنسه متفاضلا على وجوه بيع فلس
بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين
باعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على
اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا واما الثاني فلانه لو
جاز امسك البائع الفلس المعين وطلب آخر وهو فضل خال عن العوض واما الثالث فلانه لو جاز قبض بائع الفلسين ورد اليه
احدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض واما الوجه الرابع فيجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية
في الفلوس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم الولاية لهما على غيرهما فبقيت اثمانا وهي لا تتعين
بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كانا بغير اعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهذا تبين ان الفلوس الرائجة لا تتعين
بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة
ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض
عليه بانها اذا كسدت باتفاق الكل لا يكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا يكون عروضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا

على ثمنيتهما

على ثمنيتهما سواهما واجيب بان الاصل في الفلوس ان يكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل
فلا يجوز ان يكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونها عروضا كان ذلك على وفاق الاصل
فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه لا يدينا في قوله ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية
للغير عليهما ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما وبشرط ان يكون من سواهما متفقين على الثمنية و
اذا بطلت الثمنية قبل الكساد فلعودها عروضا تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت عروضا عادت وزنية فكان بيع الفلس
بفلسين بيع قطعة صفر بقطعتين ومع ذلك لا يجوز اجاب المصنف بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة
الواحد بالاثنين اعرضا عن اعتبار الثمنية دون العدد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي
معدودا واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد بقوله اذ في نقضه في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه
مدعى الخصم ولو ضم اليه ذلك والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد عليها مطلقا او في غير الربويات
والاول ممنوع والثاني لا يفيد قوله فصار كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله بخلاف النقود
جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله وبخلاف جواب عما قال
كما اذا كانا بغير اعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كالئا بكالئ اي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه وقوله وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه
جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمة باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق
بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما
اي الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يوجد الا في تفريق الاجزاء والمجمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر لكنه من وجه
لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلف
المعاني فان ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربوا
الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبعده صار دقيقا فالثابت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك
في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة او لا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا
لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة
لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قيل حرمة الربوا حرمة متناهية
بالمساواة في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمي على ما عرف واجيب بان حرمة الربوا
متناهية بالمساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء لا يتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني
ويجوز ان يقال الحرمة متناهية بالمساواة فلا بد من تحققها وفيما نحن فيه لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا
بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوي ومتساويا وكيلا بكيل قيل حالان متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني
متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا وحكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن
الفضل ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي ح
متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مقلية والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع اجزاء بعضها بالآخر لبقاء
المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعض باجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق

اتحاد الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلت بالسمن او العسل ويشرب بالماء وكذلك الاسم
واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض
لا يضر كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة الذي اكلها السوس المقلية هي المشوية من قلى يقلي اذا شوى ويجوز مقلوة
من قلى يقلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع والسوسة هي العثة وهي دودة
تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم
بالحيوان على وجوه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار
القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما بينا ومنها ما اذا باعه بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم شاة بالشاة لكنها مذبوحة
مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق فان كانا متساويين والوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير
مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة
الكتاب وهو جائز عند ابي ح وابي يو رح وعند محمد رح الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة
السقط اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار
ما في الضمن فصار كالخل الى الشيرج بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن
عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بضرب قوة فيه فلا يدرى ان الشاة خففت نفسها
او ثقلت بخلاف مسئلة الخل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير وهو ثفله
وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان
والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الخل والسمسم يوزنان ثم يميز الثجير ويوزن فيعرف قدر الخل من السمسم والحيوان لا
يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر
اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس
متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع
نسيئة وليس كذلك اجيب بان النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البدل الآخر فهو سلم في اللحم و
كلاهما لا يجوز قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل يجوز عند ابي ح رح
خاصة وقالا لا يجوز لقوله عم في حديث سعد بن ابي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال او ينقص اذا جف فقيل نعم
فقال لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف والكيل
في الحال لا يعلم ذلك وقوله فقال عم هو الدليل ولابي ح رح المنقول والمعقول اما الاول فلانه عم سمى الرطب تمرا حين اهدي
رطبا فقال اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من الحديث المشهور واما المعقول فما روي ان ابا ح رح لما دخل بغداد
سئل عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه لمخالفته الخبر فاحتج بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا فان كان تمرا جاز العقد
باول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا
الحديث دار على زيد بن عياش رض وهو ضعيف عند النقلة واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قلنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد
لا يعارض به المشهور واعترض بان الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان يكون حنطة فيجوز

باول

باول الحديث او لا يكون فيجوز بآخره فمنهم من قال ان ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل لا بد من
اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان تدرك والرطب اسم لنوع منه
كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة قوله فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قيل
ان المقلي صنعه يقوم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع الى التفاوت وهو ساقط كالجودة
لان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة
فكل تفاوت يبتنى على صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت على صنع العباد فهو مفسد كما
في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب بالتمر والجيد بالردي والعنب بالزبيب
على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى قوة دليل ابي ح رح وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم باطلاق اسم التمر عليه فان النص لما ورد باطلاق
التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فلم يعتبر فيه التفاوت الصنعي
المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رح لانه ربوي
يتفاوت في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق ولنا ان بيع التمر بالتمر متساويا كان جائزا وكذلك
بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة او التمر المنقع
بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقع من انقع اذا القي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة جائز عند ابي ح وابي يو وقال محمد
لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومفرعه حديث سعد وابو ح رح يعتبرها في الحال
عملا بالاطلاق المشهور وكذلك ابو يو رح الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رض واحتاج محمد الى الفرق
بين هذه الاصول يعني بيع الحنطة الرطبة او المبلولة الى آخرها وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في اعدل
الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين واحدهما على الاسم الذي
عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذ
لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية
واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهو لا يتبدل قال ولو باع البسر
بيع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما ينعقد صورته وبيعه به متساويا من حيث
الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يستر ما في
جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قوله والكفرى عددي متفاوت
قيل هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت بالصغر والكبر
ويتفاوت آحاده في المالية فلا يجوز الاسلام فيه للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الزيتون ما يتخذ منه الزيت
والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل ان يتغير شيرج وهو تعريب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم واعلم ان المجانسة
بين الشيئين يكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا يجوز بيع قفيز حنطة بقفيز
حنطة مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من

هذا النوع فاذا بيع احدهما بالآخر فلابي ح اما ان يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون او لا والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمتحقق
في هذا الباب والاول اما ان يكون المنفصل اكثر او لا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والتجير ان نقص المنفصل
من المستخرج من الزيت والتجير وحده ان ساواه على تقدير ان يكون التجير ذا قيمة واما اذا لم يكن كما في الزبد بعد اخراج
السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز هو المراد عن ابي ح والاول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج
بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل ان يقول السمسم مثلا
يشتمل على الشيرج والتجير فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا
لان الشيرج وزني والسمسم كيلي او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والتجير
الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بمثلانه اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او التجير منظورا
اليه فقط والثاني متعذر والاول يوجب ان لا يقابل التجير بشيء من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع
من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا قوله صرفا لكل واحد من الدهن والتجير الى خلاف جنسه قلنا
ذاك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية والدهن والتجير ليسا كذلك واختلفوا في جواز
بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما
موزون وان خرجا من الوزن لا باس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضيخان وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن
جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا بخلاف ما روي عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا قال
ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكوة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب
والمعز والضان فلا يجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر والغنم و
الابل فيجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي ان المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي
والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان
وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص
ولا اشكال بالطيور فان بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني
ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله اذا لم يتبدل بالصنعة قيل مراده ان اتحاد
الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم يتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان
الاصل متحدا كالهروي والمروي وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فكانه يقول اختلاف الاصول يوجب
اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا يوجبه وانما يوجبه الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس
مع اتحاد الاصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم
المغشوشة المختلف الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول قال
وكذلك خل الدقل بخل العنب الدقل هو اردى التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا حكم سائر التمور ولما
كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام على مجرى العادة وانما جاز التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كانا
عصيراهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا

وهذا

وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المقصود هو المقصود فاختلافه
يوجب التغيير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود واللفافة لا
يقال لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد فكان الجنس متحدا
لانا لا نسلم ذلك فان لبن البقر ينفع حيث لا ينفع لبن الغنم فلا يتحد المقصود منهما والاولى ان يقال قلنا اختلاف المقصود
قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصول ولم يقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول فالاصل
ان يوجب اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل وان يوجب اتحاد الاصول اتحاد الفروع الا عند
التبدل بالصنعة او اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ومن هذا يتبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل
ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المقصود جنسان فينبغي ان لا يجوز
التفاضل بينهما في البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم بيع شحم البطن بالالية
او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان
ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء واما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم منه عند
اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة واما اختلاف المنافع فكما قال الطب قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة بيع الخبز
بالحنطة والدقيق اما ان يكون حال كونهما نقدا او حال كون احدهما نقدا والآخر نسيئة فان كان الاول جاز لانه صار
عدديا او موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى
وروي عن ابي ح انه لا خير فيه اي لا يجوز والتركيب للمبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الخير وان
كان الثاني فلابي ح اما ان يكون الحنطة والدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة
مقداره وان كان الثاني جاز عند ابي يو لانه اسلم في معدود لا يجوز عندهما لما نذكر قال المص والفتوى على قول ابي يو وهذا
يغني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي يو وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط
وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير مستبدلا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند ابي ح
عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور
في كونه جديدا فيجيء خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتأخر فانه في اول التنور لا يجيء مثل ما في آخره وهذا هو
المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا او وزنا ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند ابي يو يجوز وزنا
ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين المولى وعبده لا ربوا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه
محيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا بعد وجود المبيع حقيقة في دار الاسلام
مشتملا على شرائط الربوا دليل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين تحقق الربوا لان ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي ح
وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين
المسلم والحربي في دار الحرب لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي ح وم خلافا لابي يو والشافعي لهما الاعتبار بالمستأمن
من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهمين بدرهم لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم دار الحرب وفعل ذلك
لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي ح وم ما روى مكحول عن النبي عم انه قال لا ربوا بين المسلم

والحربي في دار الحرب كره محمد بن الحسن رحمه الله لان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستامن انما منع من اخذه
بعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله قوله بخلاف المستامن جواب عن قياسهما
وتقريره ان المستامن منهم في دارنا لا يحل لاحد اخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل بنا وله بعد انقضاء المدة

باب الحقوق

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المصنف التزم
ترتيب الجامع الصغير المرتب فيما هو من مسائله وهناك هكذا وقع فكذا ههنا لان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل
المتبوع **قال** ومن اشترى منزلا فوقه منزل ذكر ثلاثة اسماء المنزل والبيت والدار وقسم ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج
الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار
والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه
منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان يشتريه ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلث بان يقول بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا وفوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلث لم يدخل الاعلى ومن اشترى دارا
بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيه العلو والكنيف وهذا لان الدار لما كان اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها
وانما هو من توابع الاصل واجزائه دخل فيه والبيت لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشيء
تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان
المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد
اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعرتك لم يتناول اعارة المستعير اصلا
لا تبعا ولا اصالة وانما ملك الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف
المستعمل حذارا وقوع التغيير به والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة واما المنزل فلما
كان شبها بكل منهما اخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه
وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو
عدمه لم يكن له مدخل في الدليل ويقال معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث
اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه ولا يدخل
الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه في الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة
ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وفي المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب
الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق له عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل
من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحه في الدار يضعف تعريف
قاضي خان للظلة لانه جعل المفتح في الدار **قال** ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا ومن اشترى بيتا في دار او منزلا
او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر احدى العبارات المذكورة وكذلك الشرب والمسيل لانه خارج الحدود لكنه من
التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ويدخل بذكر التوابع اي بقوله بكل حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل
في استيجار الدار والمسيل والشرب في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة ينعقد لتمليك المنافع

ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب
والمسيل لا يتحقق اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجرها فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه
واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كارض السبخة والمهر والانتفاع بالمبيع ممكن
بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووجد الضمير لكل واحد بتاويل المذكور وقد يستاجرها
ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فتحصلت الفائدة المطلوبة

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب
عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى **قال** ومن اشترى جارية فولدت عنده ومن اشترى جارية فولدت
عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق
ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع ويرجع
الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه في الاصل والولد كان متصلا بها وتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له واما الاقرار فحجة
قاصرة لانعدام الولاية على الغير يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به
والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المشتري في
الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له
الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الظاهر له كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضى بالام للمستحق بالبينة هل
يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ام لا قيل يدخل لتبعيته لها وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل
عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح لان المسائل يشير الى ذلك قال محمد رحمه الله اذا قضى القاضي بالاصل
ولم يعرف الزوائد لم يدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد
قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر رجل قال لآخر اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البائع
حاضرا او غائبا غيبة معروفة واما ان يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدري اين هو فان كان الاول فليس له على العبد
شيء وان كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع وان لم يقل اشترني او قال ذلك ولم يقل اني عبد
ليس على العبد شيء في قولهم وان قال ارتهني فاني عبد فوجده حرا لم يرجع المرتهن على العبد بحال اي سواء كان الراهن
حاضرا او غائبا اية غيبة كانت وعن ابي يوسف انه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد اما ان
يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك
او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شرائه على امره بقوله اشترني واقراره بعبوديته بقوله
فاني عبد اذ القول قوله في الحرية فيجعل اقراره بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بامر الغير واقراره
مغرور من جهته والمغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في
المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر
فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور هذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته
اهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه قوله
والبيع عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما من قوله ان المشتري شرع تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان

اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فاذا هو لصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئا لما انه غرور فيما ليس معاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس معاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا اجاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع بدلا استيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعدما قال اشترني فاني عبد اما ان يدعي الحرية او لا والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد فاذا العبد حر يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق وعارض فان اراد الاول فله وجهان احدهما ما قاله عامة المشايخ ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في تحريمها لا يحتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم يكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل ايضا عنده لكن يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق في كل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما يذكر وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلاق الثلث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيدنا بالثلث لان فيما دونه امكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبته المرأة بينتها قبل يوم او يومين واما في الثلث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامتهما البينة على ما ادعياه **قال** ومن ادعى حقا في دار ومن ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع بحسابه اذ التوفيق ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فينقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ولهذا لا يقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فح يصح وتقبل البينة

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظ لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطأ **قال** ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية

ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب المشروعة احكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لما ذكرنا افاد حكما موقوفا كما ان السبب البات افاد حكما باتا وان السبب انما يلغو اذا خلى عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم وما بعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والتقوم الا يرى انه اذا باعه باذن المالك جاز لان الاذن لا يجعل غير المحل محلا واما وجوب القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظ فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك او بالاذن لم يوجد اجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم الا يرى ان بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكالة حدثنا ابرهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال حدثنا الحي عن عروة البارقي ان النبي عم اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احديهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعى النبي عم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لان دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول انه عم امره ان يشتري له اضحية ولو كان النقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعه اولا اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضاء الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك فاحتيج الى الايقاف على رضاء الغير والى هذا الوجه اشار المص بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة قوله وله اي للمالك الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه واما ان يبيع بثمن عين وان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكر ان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك امانة في يد الفضولي وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بان ينفذ البائع ما باع ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على

الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن لان الثمن ان كان عرضا صار البائع من وجه
مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكان للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري
لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي فله ان يتحرز على التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل
لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة
انفسخ ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين اي فيما كان الثمن دينا او عرضا لانه توقف على اجازة المورث
لنفسه فلا يجوز باجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت امة لرجل قد وطئها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة وورثها ابنه
فان النكاح توقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث واجيب بان عدم
التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا
للضرر على الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها ولو اجاز المالك في حيوته ولم يعلم حال
المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح
حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما
استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة
لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة قال ومن غصب عبدا فباعه
فاعتقه المشتري قيل جرت المحاورة في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه الكتب قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة
ان العتق جائز وانما رويت ان العتق باطل وقال محمد بل رويت ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب في من غصب عبدا فباعه
واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون
الملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك ههنا لان الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند وهو
ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح والمصحح له هو الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ما روينا ولا يشكل بالكتابة فان
اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المص بفروع يوضح ذلك وقوله وهو
ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق المشتري
في الخيار للبائع ثم يجيز البائع وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني
ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون
كذلك مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا يرى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم
ينفذ ما هو اسرع نفوذا فلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما
ان الملك فيه ثبت موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه ثبت فلوجود المقتضي وهو البيع
المطلق الموضوع لافادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك
فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي
مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا في ملك موقوف وهذا ابعد من الاول
ذكره المص للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع

لافادة

لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب
غير موضوع لافادة الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع لافادة
الملك وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه ايضا عند اجازة المالك لما ان كلا من جواز البيع وجواز
العتق محتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب
اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي
لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق
الزوائد المتصلة والمنفصلة وقوله فيه كلام المص مضاف اي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوي الكل اما ان على انه
ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى الملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع جواب
عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير
تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا واقتران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به اصل العقد
ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب عن الثالثة
ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات
والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزا وان
طرأ الملك الذي ثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشترى منه وهو موقوف والثاني ان طرو الملك البات
على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف فلان الدفع اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي
فان ملك المالك بات فكان يجب ان يمنع بيع الفضولي وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضروري
الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي
والمنع انما يكون بعد الوجود اما المالك اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا ان
الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفع لا منع وفي الحقيقة هو معا الطرفان
كلاهما في ان طرو الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئا حتى يتوجه السؤال وقوله اما اذا ادى الغاصب الضمان
جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال في
كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان في العتق ولئن قال المص وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك للمشتري ملك
من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا يستند للغاصب كما تقدم فكيف يستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما
يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد
قال واذا قطعت يد العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع
فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن
امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء
كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كلما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب
فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقررا فيها والكسب والارش مع الولد لا يملك الا بملك الاصل واعترض

بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال الامراة امرك بيدك
فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية لها من حين التفويض حكما
للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب يثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك
الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء ان يجعل معلقا بالشرط لا سببا من وقت
وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه شرط الخيار فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متاخرا
حكمه الى وقت الاجازة فعندها يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة
فعندها يصير كانه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذا اي كون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم
تجويز الاعتاق في الملك الموقوف لانه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث
لا يكون له ذلك عند اداء الضمان والعذر اي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب
اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى وكما اذا قطعت يدي المشتري في يد المشتري والخيار
للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان
الخيار للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده
كذا في النهاية وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من
الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله على ما مر
اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل وهذا اقرب ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان
ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما زاد على نصف
الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من
وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف
الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه
غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين
في الكتاب على الاعتبارين قال فان باعه المشتري من آخر يعني ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى
البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره
ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به قيل هذا التعليل شامل لبيع
الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب
والفضولي موقوفا واجيب بان غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى
الغرر يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم فيترجح لان الصحة
في العقود اصل فعارضته على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار المتروك اجماعا وهو ان لا يصح بيع اصلا لا سيما في
المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ
المشتري الاول لم يملكه حتى يطلب مشتريا آخر فيتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي يوسف

لانه لا يؤثر فيه الغرر الا يرى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح قال فان لم
يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب
لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب البدل للمشتري
بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل البدل لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح
ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل
فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال ومن باع عبد شخص غيره
بغير امره اي رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري ارد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك فاقام المشتري
البينة ان رب العبد او البائع اقر انه لم يامر البائع ببيعه لا يقبل بينته لانها تبتني على صحة الدعوى فان صحت الدعوى
صحت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع ملك المبيع
ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك البيع فحصل التناقض المبطل للدعوى
المستلزم صحتها لقبول البينة وان اقر البائع بذلك اي بانه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض
لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة لا تنفذ في حق الغير فاذا ساعده المشتري
على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض وذكر المص مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها
ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام البينة على البائع بانه اقر ان المبيع لهذا
المستحق تقبل بينته وان تناقض في دعواه قال وفرقوا اي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه
المسئلة اي في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع
له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع
سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات في ان العبد
في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال
ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم يقبل للتناقض وفي مسئلة الزيادات اقام
البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان
تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشراء
ولم يعلم باقرار البائع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به وقيل
ذلك ليس بمانع كما تقدم والواضح في الفرق ما ذكره المص على ما قررنا وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق يجاب عنه
بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق
مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث اللفظ فكان متناقضا من وجه دون وجه
فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله
متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن بعد سلامته لكونه في يد غيره فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر
الامكان فصرنا اليه قال ومن باع دار رجل اي معناه باع عرصة غيره بغير اذنه وادخلها المشتري في بنائه قيل معناه قبضها

وانما قيد بالادخال في البناء اتفاقا لم يضمن البائع اي قيمة الدار عند ابي ح رح وهو قول ابو يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد وهو مسئلة غصب العقار على ما سياتي ان شاء الله تع في موضعه **باب السلم** لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء وهو اخذ عاجل بآجل قيل فهو بالمعنى اللغوي الا ان الشرع اقترنت به اقترنت بزيادة شرائط وورد بان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لآخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرائط جوازه سنذكر في اثناء كلامه ان شاء الله تع **قال** السلم عقد مشروع بالكتاب والسنة السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تع يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما ووجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رض اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل المداينة اطول آية في كتابه وتلا قوله تع يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم الآية فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به وقوله المضمون صفة مقررة للسلف كما في قوله تع يحكم بها النبيون الذين اسلموا للذين هادوا ومعناه واجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله صلعم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص **قال** وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من سلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن لا محالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تع قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه في الموزونات والمكيلات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش رح وهذا الاختلاف فيما اسلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم والدنانير ليمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة في عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانهما لا يكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه فيه فلا يكون صحيحا **قال** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي ولجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما وعلى هذا التقدير يسقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا ساواه من جميع الوجوه وليس المذروع مع الكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله لا تبع ما ليس عندك فالجواب انا لا نسلم صلاحيته لما ذكرت

التخصيص

للتخصيص لان القران شرط له وهو ليس بموجود سلمناه لكنه عام مخصوص وهو موجود في القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدودات المتقاربة وهي التي لا تتفاوت آحادها كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم منضبط الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الآحاد في المالية دون الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف رح ويؤيد ذلك ما روي عن ابي ح رح ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها اي في المعدود المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الآحاد ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد واخرى بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا قوله وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي ح وابي يوسف رح واما عند محمد رح فلا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا بطلت الثمنية صارت مثمنا تتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا في مسئلة بيع الفلس بالفلسين ومن المشايخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم فاقدامهما على السلم يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع لا يتضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين قوله ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخ اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي وهو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمن والهزال والتفاوت بعد ذلك ساقط للقلة فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي عم امر عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه عم استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربوا وكان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فيحتمل ان الالات كالبقر وغيره كان من دار الحرب بعث بها في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله صلعم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواب ما يقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير و الحمامات التي تؤكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد بن الحسن رح ذكره او

كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه دفع مال المضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة
فقال ابن مسعود اردد مالنا لا تسلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا لان القلائص كانت معلومة فكان لكونه
حيوانا لا يقال في كلام المص تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لانه ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال
على المط بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة قال ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف
الحيوان كالرؤوس والاكارع والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لا مقدر له ولا
في جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيد عددا
لان معناه انه عددي بحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة وان بين للجلود ضربا
معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة ولا في الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف
ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جرزا بجيم مضمومة بعدها راء مفتوحة وزاء وهي القبضة من القت ونحوه [illegible]
الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز
السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا
ينقسم الى ستة اقسام عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل وليس بموجود اصلا او موجودا
عند عقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق
والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا
لمالك والشافعي رح له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله ع لا تسلفوا
في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه شرط ع لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة
على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في
سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند
العقد موجودا كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع من الجواز واجيب بان القدرة
انما تكون موجودة اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه نحو ذلك شك
ورد بان الحياة ثابتة فيبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال في النصاب
ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كماله ووجوده شرط فوجود
المسلم فيه كذلك قوله ولو انقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله وفي
السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طار على شرف الزوال
فصار كاباق المبيع قبل القبض في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة
وهو باق ببقائها كالعبد الآبق وفي قوله العجز الطاري على شرف الزوال اشارة الى جواب فرع عن قياس المنازع فيه
على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك هنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف
الزوال عادة فكان القياس فاسدا قال ويجوز السلم في السمك المالح السلم في السمك عددا لا يجوز طريا كان او مالحا
للتفاوت وفي وزنا اما ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم وفي وزن معلوم لكونه مضبوط القدر

والوصف

والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز
لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي ح رح انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا
بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار
كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز
بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا لانه مولود لا يوجد بلغته قال الامام الزرنوجي كفى بذلك حجة للفقهاء
قال ولا خير في السلم في اللحم خير نكرة وقعت في سياق النفي فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة
قال ابو ح رح لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا كسائر الموزونات
ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب
بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز منه متفق عليه وفي تعليله تامل لانه ان لم يمكن وصف
موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا مبينا سمنه وهزاله وسنه ومقداره ومن المشايخ من حمل المذكور
من لحم الطيور على طيور لا يقتنى ولا يحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز
عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب
العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا القوي [illegible] ولابي ح رح
طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود
الا يرى انه يجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدسيس والنزع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضي الى
المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع والثاني ان
اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلأ
وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدري انه عند المحل على اي صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا
ترتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قولهما ولهذا
يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض يعاين يعني ان الاستقراض
حال فيعرف حال المقبوض ولا تفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف لا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به
قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رح استدل باطلاق رخصة السلم لانها
مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله ع الى اجل معلوم لما نذكره ولنا قوله ع من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى
اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى اجل معلوم
وبه نقول والحصر ممنوع وح لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم لا يجوز
اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيتقيد الى
اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان قضية العقل كفت مؤنة التعيين فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل لنا
ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة
فيتحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما يكون لضرورة ولا ضرورة

في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم الا لبيان الاجل فليتأمل ولان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس
اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع كذلك لا بد وان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والا
لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لانه دفع الحاجة بعقد الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون قادرا على
التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص فبقي على المنافي وان كان الثاني فلا بد من الاجل
ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المحوج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم لما جاز
ممن عنده اكرار حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا بادنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقته امر باطن لا يطلع عليه فاقيم
السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبنى عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر قال ولا يجوز الا باجل معلوم لانه اذا ثبت
اشتراط الاجل في السلم لا بد من كونه معلوما بما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا
يطالبه عدة قريبة وذاك يؤديه في بعيدها واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسألة كتاب الايمان حلف
ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم
الاجل وقيل ثلثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاذ الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح
لان الثلاثة ثمة بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس و
المؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه
مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الايمان قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه
ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال والذراع فيفضي الى المنازعة وعلم
من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك او باع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا بأس بذلك لحصول
الامن من المنازعة وقد مر بعينه في اول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيندر الهلاك
لكن لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد او خزف او خشب ونحوها اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل بكسر
الزاء لان فعليلا بفتح الفاء ليس من ابنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف استحسن
في قرب الماء وهو ان يشتري من سقاء كذا وكذا قربة بهذه القربة من ماء النيل للتعامل قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها
وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض آفة موهوم فيفوت القدرة على
التسليم واشار الى ذلك قوله عم حين سئل عن السلم في ثمر فلان اما من ثمر حائط فلان فلا ارأيت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل
احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه عم بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله مال اخيه اراد به رأس المال
اي لو لم تحصل الثمرة فبأي طريق يحل رأس المال للمسلم اليه ولو كانت النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة
تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة جاز العقد فان تعيين
الخشمراني ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا مثل صفة حنطة الخشمراني وعلى هذا ظهر الفرق
بين ما اذا اسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان
جنس المسلم فيه لا التعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى
هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة

مابينت

ما ينبت بارض هراة والنابت في غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع
حتى لو كان لبيان الصفة عاد الاول قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط صحة السلم موقوفة على وجود سبعة شرائط
عند ابي حنيفة رح وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة او غيرها ونوع معلوم سقية او بخسية و
البخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهو الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء وصفة معلومة جيدة
او ردية ومقدار معلوم عشرين كرا بكيال معروف او عشرين رطلا واجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما رويناه
من قوله عم من سلم منكم الخ ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة فيه مفضية الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار رأس المال اذا كان
مما يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه اذا كان له حمل بفتح الحاء ومؤنة ومعناه
ما له ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال فهذان شرطان لصحته عند ابي حنيفة رح وهو المروي عن ابن عمر رض خلافا لهما قالا في
المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل والموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة
واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما فلذا ينبغي ان يكتفى بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان
رأس المال ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولابي حنيفة رح انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل
في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق
رأس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار
رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقوله فربما وجه
آخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم الا رأس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر
ذلك فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص اجاب المص بان الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع
المنافي اذ القياس يخالفه الا يرى انه لو اسلم بمكيال رجل بعينه لم يتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول
من اعتبر ادنى الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار النازل عن الشبهة لان وجود بعض رأس المال زيوفا
فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد ايضا
محتمل والمعتبر هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم اذ المعنى من الموهوم هو ذاك وقيل بل هذه شبهة واحدة لان كلا
منها مبني على وجوده زيفا والاول اظهر قوله بخلاف الثوب جواب عما قاساه عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد
على مقداره لان الذرع في الثوب المعين صفة ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط
شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو في تعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب عن الثمن
والاجرة لان دليله يتضمن ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد
ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا اسلم مائة في كر حنطة وكر شعير فلم يبين رأس مال كل واحد منهما
فانه لا يجوز عند ابي ح رح لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال
كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى المعين تكفي لجواز العقد وقد وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كر
حنطة وقد علم وزن احدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم
شرط الجواز وفي حصة الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او الجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة وقالا في المسلم

الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها
فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كاول اوقات الامكان
في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعين مكانيهما
للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي عن محمد ان المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له
وان لم يعلم فله الخيار ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان
مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده اشتراها في المصر او خارجه
بجنسه وبخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر
لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيدا لم يذكر في التعليل
ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح بخلافها يبطلها وانما فسد في بيع العين لانه يقابل
الثمن في المبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة ولا يتجه ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه
غير واجب في الحال لا يتعين فيه مكان العقد للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام
ليكون الحكم ثابتا في طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان
تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال الراتب لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر اكان يتعين موضع
العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا
جهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم فيه يسلمه
في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافهما فلا بد من البيان وعن هذا اي عما ذكرنا ان جهالة المكان
كجهالة الوصف قال من قال من المشايخ ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة
في احد البدلين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجبه لان تعين المكان قضية العقد
اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار نظير الاجل
والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن اشترى شيئا بمكيل او موزون
موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق
والاول اصح وهو اختيار شمس الائمة لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجرة استاجر دارا
او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي
الدابة يسلم في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما دارا واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد مكيلا او
موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا
يحتاج الى بيان مكان الايفاء وقد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة
هو الذي لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء
فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع والبيوع
الاصل يتعين لانه موضع الالتزام فيترجح على غيره وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء

اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه قوله ولا وجوب في الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب
التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد حيث لا يلزم بنقله مؤنة
ولا يختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد رب السلم سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما
له حمل ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل
فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين
ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة قال ولا يصح حتى يقبض رأس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وجوده
على الصحة اذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا
قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد اما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين
بدين وقد نهى النبي عم عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام و
الاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة
كالصرف والحوالة والكفالة فانها عقود يثبت احكامها بمقتضيات اسمائها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس جوازه لان
العروض يتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد الى بيع الدين بالدين بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب
اي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا اي ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما
لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه
فهو مانع عن المبني وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين
وما اخذه عين فلو رد الماخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذه ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدته لا
يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عينا تناوله العقد فينفسخ قيل فيه
شيئان احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به رأس المال والمسلم فيه لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت في رأس
المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني لانتفاء التعرض له نحو في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق
وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا والثاني ان المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع
خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو ان كان دينا في
الذمة يتسلسل ولا يفيد وان كان عينا وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني ان الامام ان المعقود عليه في الاستصناع
دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا
وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو اما ان يكون رأس المال قائما او لا فان كان الثاني
لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء
والجواب انه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم
اسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر قال وجملة الشروط جمعوها اجمع المشايخ جملة شروط السلم
في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام
المسلم فيه وهو مشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تاجيله الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان

الايفاء كما مر في القدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة
نقد فالسلم في حصة الدين باطل سواء اطلق المائتين ابتداء او اضاف احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد
لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا اما اذا اطلق ثم جعل المائة من راس المال قصاصا
بالدين فلا اشكال في طريانه كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان المبيع صحيحا بالحصة طاريا واما اذا اضاف الى
الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عينا
فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع
لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي عم نهى عن الكالي بالكالي وقيد بقوله مائة منها دين
على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما قال ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه
لا يجوز التصرف في راس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والوصية
ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف في
المبيع قبل القبض لا يجوز ولا باس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري فراس المال ان كان مثليا جاز ان يبيع
مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن عنده ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشرك شخصا آخر في المسلم فيه ولا التولية و
صورتهما ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعدما دخلا في العموم لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول
البعض ان التولية جائزة لانها اقامة معروف فانه يولي غيره ما تولى فان تقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه
براس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك يعني حال البقاء عند الفسخ وهذا نص في ذلك
ولانه اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا
يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل راس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا
خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه
وهو عقد السلم فلان يكون ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا ثبت شبهه بالمبيع لا يتصرف فيه قبل
القبض وكذا ما اشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض راس المال في المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء اجاب بقوله
لانه اي لان عقد الاقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير وليس من
ضرورة اشتراط القبض في الاول اشتراطه في الثاني بالضرورة وان شئت بالتنبيه وهو ان اشتراط القبض في الابتداء كان
للاحتراز عن الكالي بالكالي والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والمتامل يغني عن هذا السؤال
لان راس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد لكن المص دفع وهم من عسى يتوهم
نظرا الى كونه راس المال وجوب قبضه ولو ابرز ذلك في مبرز الدليل على انه لما كان معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي راس مال
لوجب كان ادق على طريقة قوله في وكل كتاب يجوز باي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله ولا عيب فيهم غير ان
سيوفهم بهن فلول من قراع الكتائب قوله وفيه اي في جعل راس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر هو يقول راس المال بعد
الاقالة صار دينا في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث
والمعقول قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اجل السلم في كر من الحنطة وهو ستون قفيزا فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه

من رجل

من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لحقه لم يكن قضاء حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه وان
امر ان يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل
الاولى صفقة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفقة مع رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عم عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في فصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين على ما نبين قوله والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شرى المسلم اليه من
بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشرى فلم يتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي وتقريره القول بموجب العلة سلمنا
ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير
الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى في غيره فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع
بعد الشرى بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وان كان الكر قرضا فامر المستقرض المقرض
بقبض الكر ففعل جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو
ربوا ولهذا لا يلزم التاجيل في القرض لان التاجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا يجتمع
الصفقتان وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفي فيه بكيل واحد قال ومن اسلم في كر فامر رب
السلم رجل اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو اي رب السلم غائب لم يكن له في غرائر
طعام فانه لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الآمر اذ حقه في الدين لا في
العين فلم يصح الامر وصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين
فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال
له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع
وكيلا عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله الا يرى توضيح لتملكه المبيع بالشراء
فانه امره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وان امره ان يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال
المسلم اليه وفي الشراء اذا من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما
صح امره ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفي بذلك الكيل في الشراء في
الصحيح لان البائع نائب عنه في الكيل فان قيل البائع مسلم فكيف يكون متسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي ويتحقق
القبض بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلما ومتسلما وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفي بكيل واحد تمسكا بظاهر
ما روي عن النبي عم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر من قبل باب الربوا ولو
امر المشتري البائع ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر المشتري قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في
يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع
لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا لانه مستعير لم يقبض قال ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل اسلم في كر
حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين اي المسلم فيه والعين وهو المشترى
فيها فلا يخ البائع من ان يجعل فيها اولا الدين او العين فان كان الاول صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته

الملك فكان فعل المأمور كفعل الآمر ورُدّ بانه لا يصلح نائبا عن المشتري في القبض كما لو وكّله بذلك نصًّا واجيب بانه ثبت ضمنًا
وان لم يثبت قصدًا واما الدين فلاتصاله بملكه لرضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره
ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى الصائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والصنع
اتصلا بملك المستاجر ولم يصر قابضًا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا
بالثوب فلا يكون قابضًا وان كان الاول لم يصر قابضًا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك لان حقه في الذمة
لا في العين وهذا عين فكان المأمور بجعله في الغرائر متصرفا في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر واما العين فلانه
خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي ح فينفسخ العقد فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينقض البيع اجاب
بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضا هو الذي كان ماذونا به وفي
عبارة المص تسامح لانه حكم بكون الخلط عند من ضحى به جزما واستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فيكون
الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة الممانعة فكانه قال ولا نسلم ان الخلط مرضي به
وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط
ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية في كر حنطة رجل اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا
فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم يبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت
الاقالة صحيحة لانها يعتمد بقاء العقود وذلك لقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال
بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب
ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكان احد العوضين كان قائما فلا يرد ما قيل الجارية قد هلكت و
المسلم فيه يسقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما نفرق بين المقايضة
وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء وما في الكتاب ظ لا يحتاج الى شرح قال
ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلفا المتعاقدان في صحة السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه
باطلا وهذا بالاتفاق ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله اذا ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان
كان خصمه هو المنكر عند ابي ح وقال ابو يوسف وم القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة
ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم يشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره
صحة السلم لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظ فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا
يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظ من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظ شاهدا
للمسلم اليه وقول من يشهد له الظ اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم فيه يربو على راس المال بل الامر بالعكس فان
النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف
للحديث المشهور وهو قوله م البينة على المدعي واليمين على من انكر وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان انكر
الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون
على السلم مع استغنائهم عن المسلم فيه في الحالة الراهنة وذلك اقوى دليل ربو المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني

دون الصور فيكون الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وهذا
المسئلة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكره المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير والمتاخرون من المشايخ
قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي ح لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه
منكر وان انكر الصحة قال وسنقرره من بعد يريد بما نذكره بعد بخطوط القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح
لانها تستعمل للبعد والمطابق ونقرره ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول
رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي
فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على راس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المص
بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فان السلم الحال جائز عند الشافعي واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من
انكاره رد راس المال فلا يكون النفع برد راس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه
متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان
ثابتا بين الصحابة ان ثبت ذلك وليس مطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل
ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال
اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال
لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي ح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لان
السلم عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين
احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على العقد التزام بشرائطه والاجل من شرائط
السلم فلان اتفاقهما على العقد اقرار بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود
بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا فيها ليس محل الاختلاف لانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة
فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في
الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار
الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يقبل الانكار
واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان
المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المص عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد
لا ينقلب عقدا آخر عن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العقد الذي ذكرتم في المضاربة
يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب
فكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العقد المذكور
كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد وردا عليه لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت
نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف
عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات قد وردا على محل واحد

وهو باطل فيكون القول للمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقل دموعه
قال ويجوز السلم في الثياب السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب
جيدة يراد غلظه وثخانته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ
لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر
الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة واما
في الثياب فالوزن ليس بشرط وذكر شمس الائمة السرخسي اشتراط الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة
قال ولا يجوز السلم في العدديات التي يتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز السلم
لافضائه الى النزاع وفي الذي تتقارب آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ
التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط
فيه ملبن معروف لانه اذا سمى الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقطا الاعتبار فيلحق بالعددي
المتقارب قال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز
فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم
فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع و
الاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار
بقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وح كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو منعكس الى قولنا كل ما ليس
بانسان ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع اصول الفقه فالمقصود معرفة المسائل
الجزئية فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفرع المتقدم ولا بأس بالسلم في طست او قمقم او خفين او
نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان الجواز حينئذ ينتفي قال وان استصنع شيئا من
ذلك بغير اجل جاز الاستصناع هو ان يجيء انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما
ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضها او لا يسلم وهو لا يخ اما ان يكون فيما فيه تعامل واليه اشار بقوله شيئا من ذلك اي
مما تقدم من طست وقمقم وخفين او لا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجيء والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي
عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى رسول الله عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم
يضرب لهما اجل اليه اشار قوله بغير اجل ووجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعارفوا
الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك كدخول الحمام ولا يشكل بالمزارعة فان فيها للناس تعاملا وهي فاسدة
عند ابي حنيفة رحمه الله لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع او عدة والصحيح
انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشايخنا وكان الحاكم الشهيد يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا
ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار ووجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان
وانه يجوز فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط ان يخيط له قميصا
بكرباس من عنده والمواعدة تجوز في الكل وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة الا يرى انهما اذا تبايعا عرضا بعرض

ولم يوكل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعا والمعدوم
لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي للتسمية عند الذبح فان التسمية
جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوة لئلا تتضاعف الواجبات
فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يتضح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين
المستصنع والمعقود عليه هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من
صنعته او من صنعه قبل العقد فاخذه جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه يقول المعقود عليه هو العمل
لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان بيعا لما بطل بموت احد العاقدين لكنه يبطل بموت احدهما
ذكره في جامع قاضي خان واجيب بان الاستصناع شبيها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبيها بالبيع
من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود
اجرينا فيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل
اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محضة اجيب بان الصبغ
اصل والصبغ آلة فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وههنا الاصل هو العين
المستصنع للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير و
لا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعا
لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كل منها على
خلاف ذلك قوله وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه اي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان
شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل
لانه بائع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا ان شاء
فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان الصانع اتلف الصرم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار
يتضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا يرى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل
الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بانه يجوز ان يكون الرضا على ظن ان المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره
عدم رضاه فان قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من
اصحابنا ولم يجب على ذلك واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام
في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في صيانة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة ثم
بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها فان لها الخيار بطل خيارها لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس
من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان ابقاء له
على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع قال بغير اجل في اول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل
فانه يكون سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل

ما ذكر على سبيل الاستمهال لئلا المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال على ان تفرغ غدا او بعد غد لا يصير سلما لان ذكره للفراغ
لا للتاخير المطالبة بالتسليم وحكي عن الهندواني انه ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير
سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية
ان اللفظ حقيقة الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو محكم العمل
وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل
على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وتقريره لا نم ان اللفظ
محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل دخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه
بالاجماع بلا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم
ثابت باية المداينة والسنة دون الاستصناع **مسائل منثورة** اي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن ابوابها ولم تذكر فاستدرك
بذكرها ههنا **قال** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان او غير معلم في رواية
الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا
فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته
ويخبر الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه ع م
نهى عن امساكه وامر بقتله قلنا كان ذلك قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او للماشية او للزرع وقال الشافعي لا
يجوز بيع الكلب بقوله ع م ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء
الحاقا بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سوره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه
لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي ع م
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع
الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بانه ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى
الخصم واما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكر في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص انه قال قضى رسول الله صلعم في كلب
باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو
بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى وقيل
الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة ولانه منتفع به
حراسة واصطيادا فالف ونشر فكان مالا فيجوز بيعه واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك
لا يدل على المالية كالحر ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني ان شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب
عن الاول بان الانتفاع بمنفعة الكلب نفع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري
مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا فيثبت الحرمة في كل جزء وسقط
التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة فيما عداها كاباحة لحمه حالة المخمصة واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع
ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها قوله والحديث محمول على

عن استدلال

عن استدلال الشافعي بالحديث المروي وتقريره ما روي عن ابرهيم انه قال روي عن النبي ع م انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك
دليل على تقدم نهي النسخ فانهم كانوا الفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق
ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المالوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون
منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن
الكلب والثمن بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة قوله ولا نم نجاسة العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تمليكه في حالة
الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس بنجس العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول دون العين كالسرقين عندنا على ما سيجيء **قال**
ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني انه باطل وتقدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في
البيوع واستدل بقوله ع م ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس
ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله ع م كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما
كان يهدي فقال النبي ع م يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله صلعم فبعها واستعن بثمنها
على حاجتك فقال له النبي ع م يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها **قال** واهل الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد
في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد
ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذا كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في
البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المص بقوله ع م في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم
مكلفون بالمعاملات بالاتفاق محتاجون الى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة
والسكنى ولا يحصل هذه الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا الخمر والخنزير
فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل على
ذلك قول عمر رض لعماله حين حضروا اليه وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال
اجل انهم يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم **قال** ومن قال لغيره بع عبدك من فلان
صورته ان يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجيء
آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز و
ياخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكرنا
على الاصل المار ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي لانه اي الالحاق تغيير
للعقد من وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن
وهو يساوي المبيع بدونها فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه
على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة ليتحقق المقابلة صورة وان فات معنى ليخرج عن حيز الرشوة فاذا قال من الثمن وجد الشرط
فيصح واذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة منه على البيع باسمها من المال والرشوة حرام لا تلزم بالضمان واعترض
بوجوه الاول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على
المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة

والفكر الصائب في اصل المسألة تغني عن هذه الاسولة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق فان ورود السؤال اذا
كان بغموض فهم اهل الكلام نحو ابتكراره وذلك انا قد بينا ان فضول الثمن قد يستغني عن ان يقابل بالمال حرة فجاز ان يكون
بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فيكون الزيادة على المشتري
ثابتا بلا بدل ومثل ذلك يجوز ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطلب ممن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن
الاجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابله شيء من المال فلا
يكون كالزيادة وح لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته وقع في الكتاب الخمسمائة
بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف في امتناعه وقال ابن عصفور بعض الكتاب يجيز ذلك وهو قليل
جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمسة بل الجر في المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمس خمسمائة قال
ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فاذا رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح لوجود
سبب الولاية النكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال وما ثمة مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون
عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الوطي لما كان بتسليط
من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم يطأها الزوج فليس اي مجرد التزويج قبضا استحسانا وفي القياس هو قبض وهو
رواية عن ابي يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها المشتري ذات
زوج كان له ان يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقا
العين وجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال الفعل منه اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير
قابضا والاعتاق والتدبير اتلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته ان يصير قابضا قال ومن
اشترى عبدا فغاب المشتري رجل اشترى منقولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه
لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا اقامها فلا يخ اما ان كانت الغيبة معروفة او لا فان كان الاول لم يبع في الدين
لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد واوفى الثمن لان
ملك المشتري ظهر باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد
في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقر به لغيره كان مدعى حكم اليد فكذا اذا اقر به قضاء
مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن
احق بالمرهون يباع في دينه اذ تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما
اذا قبض المشتري المبيع فان حق البائع لم يتعلق الا ذمته لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فيكون البينة لاثبات
الدين والاثبات على الغائب ممتنع عندنا وفيه بحث من وجوه الاول ان اقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تقتضي انكار
الخصم وذلك من الغائب مجهول الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه
الثالث ان ذلك يفضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض
فالتفرقة بينهما تحكم فالجواب عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء وانما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر
بما في يده وعند ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني وجهان احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري

ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن
فكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك لحق البائع وقد يتسامح بتأخيره والثاني ان البيع ههنا غير مقصود وانما
المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا
ليست قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا
قبضه فلا يكون ذلك وح ظهر الفرق واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان
نقص يتبع هو اي يتبع البائع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد
جميع الثمن فاذا نقده اجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب
فللحاضر ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقد عند ابي ح وم رح وقال ابو يوسف لا يجبر البائع
على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهاياة لا غير واذا
قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه
لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه
الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير
الرهن فان من اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو المستعير وغاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن
لما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير امره لاضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل
لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا
بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة حضوره مفقود لامكان ان يخاصمه الى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن
هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استاجرا دارا فغاب
احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب
صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكر الامام التمرتاشي واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق
الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما يجيء قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب
وفضة رجل اشترى جارية فقال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة صح ووجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه
اضاف المثقال اليهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة
وليس اولويته لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب ان يقيد المص بالجودة او الرداءة او الوسط لان
الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيد محمد رحه بها في الجامع الصغير وبيوع الاصل
ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بالف من
الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاولى للعطف الا انه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم
خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم وللقائل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف
الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد رجل له على رجل عشرة دراهم جياد
فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي ح وم رح وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد

لان حقه فى الوصف من عمى من حيث الجودة كما ان حقه مرعى فى الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره
فكذا اذا نقص فى كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب
المصير الى ما قلنا ولابى ح وم ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم جاز
فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا فى الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن
شرعا لما ذكرنا انما عند المقابلة بالجنس هدرو لا عقلا لعدم تصور الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون هو
الاصل والغرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير له فى الشرع واعترض
بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وههنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه
مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو استهلكه ضمن والثانى ان المقصود الاصلى هو احياء حق صاحبه ووجوب الضمان
له عليه ضمنى فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة ثمة انما هى للغرماء فكانه تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثانى
ان الوصف تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له قال واذا افرخ طير فى ارض رجل اذا افرخ طير فى ارض رجل ولم يعدها
لذلك لم يملكه فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها ظبى وفى بعض النسخ تكسر فيها ظبى لانه مباح سبقت يده اليه
فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذه بالحديث وكونه يوخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله فى ارض انسان
فانه للاخذ دون صاحب الارض والتكنس التستر ومعناه فى الاصل دخل فى الكناس وهو موضع الظبى ومعنى تكسر انكسر رجله
وقيد بذلك حتى لو كسره احد فهو له والبيض فى معنى الصيد لانه اصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه قوله وصاحب
الارض لم يعدها لذلك اشارة الى انه لو اعدها لذلك بان حفرها ليقع فيها او بغير ذلك مما يصطاد به كان له فاما
اذا لم يعدها فهى كشبكة نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو للاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر و
الدراهم فى ثيابه ما لم يكفه اى يضمه الى نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل فى ارضه فان العسل لصاحبها لانه
عد من انزاله اى من انزال الارض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه والفرق بينهما ان العسل صار
قائما بارضه على وجه القرار فصار تبعا لها كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع لجريان الماء بخلاف الصيد كتاب الصرف
الصرف بيع خاص وهو الذى يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تاخيره عن السلم فى اول
السلم وسمى هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقل فى بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة
واما لانه لا يطلب الا الزيادة يعنى لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقود
لا ينتفع بها بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة فى
يده ما كان فيه فائدة اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله واحل الله البيع وقوله عم الذهب بالذهب الحديث
واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ناسب ان يسمى صرفا ومنه اى من كون الصرف هو
الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفا قال عم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمى به
لكونه اداء الحق الى المستحق وشرطه على الاجمال التقابض قبل الافتراق بدنا والا فتراق بلا خيار ولا تاجيل واقسامه ثلثة
بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما بالاخر قال فان باع فضة بفضة فان باع رجل فضة بفضة او
ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا فى الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود من الاخر او احسن صياغة لقوله

الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المماثلة فى القدر لا فى الوصف لقوله عم جيدها ورديها سواء وقد ذكر
ذلك فى كتاب البيوع فى باب الربوا حدث محمد رح فى اول كتاب الصرف فى الاصل عن ابى ح عن الوليد بن سريع عن انس بن مالك
قال اتى عمر بن الخطاب باناء خسروانى قد احكمت صياغته فبعثنى به لابيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رض
فقال اما الزيادة فلا ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول
وهو ما روينا من قوله يدا بيد وقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وفى الدلالة على وجوب القبض كما
ترى وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكالى بالكالى وذلك يستلزم قبض الاخر تحقيقا
للمساواة نفيا لتحقق الربوا وقوله فى الكتاب فلا يتحقق الربوا قيل هو منصوب بجواب النفى وهو قوله ثم لا بد وقوله ولان احدهما
دليل اخر وتقريره ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الاخر فيجب قبضهما معا ولا فرق فى ذلك بين ما كانا متعينان
كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر لاطلاق ما روينا وهو قوله عم الذهب بالذهب الحديث
وهو يتناول المصوغ وغيره قوله ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالى بكالى
وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه
ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة فى الربوا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم فى بيع المضروب بالمصوغ نسئة شبهة الشبهة
لان فى بيع المضروب بالمضروب نسئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق
ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هى المعتبرة دون النازل عنها اجيب بان عدم الجواز
فى المضروب نسئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم فى موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فيكون الحرمة فى هذه الصورة
باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما فى المجلس او اغمى عليهما لا يبطل
الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه وقصته ما روى عن ابن جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رض انا نقدم ارض
الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل
ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفى وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان
المفتى اذا بين جواب ما سئل عنه لا باس ان يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما
هو مذموم من تعليم الحيل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه الى جهتين يوجب تفرقا بالابدان وهذا المذكور من التفرق
هو المعتبر فى قبض رأس مال السلم قوله بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشى المخيرة مع زوجها
وان كان الى جهة واحدة سطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة
ووجب التقابض بقوله عم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تع هاؤم اقرؤا كتابيه
قوله فان افترقا فى الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعنى لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما
بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا اصح بخلاف من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشئ يسبقه والقبض انما
هو بعد العقد وما اجيب به بان شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا ان اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد
من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد فى المجلس لان
لمجلس العقد حكم حالة العقد كما فى الايجاب والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد فى مجلسه كالموجود وقت العقد

حكما ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما يرى فيه من التمحل
مع حصول المقصود بجعله شرط البقاء ولهذا اى ولان الافتراق بلا قبض مبطل لا يصح شرط الخيار فى الصرف ولا
الاجل بان يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على انى بالخيار ثلثة ايام او قال الى شهر لان بالخيار لا يبقى القبض
مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق بين العبارتين ان فى الخيار يتاخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن فى
الحال مستحقا وفى الاجل ذكر فى العقد ما ينافى القبض وذكر ما فى الشئ مفوت له كذا قيل وكانه راجع الى ان فى الاول
استحقاق القبض فائت وفى الثانى القبض المستحق شرعا فائت قوله الا اذا اسقط فى المجلس يعنى منهما ان كان الخيار لهما
او ممن له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا لزفر وهو القياس وان اسقط الاجل فكذلك او ان
اسقط احدهما فكذلك فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف
فى شرح القدورى لمختصر الكرخى وقيد شرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان فى الصرف كما فى سائر العقود الا ان خيار
الرؤية لا يثبت الا فى العين لا الدين لانه لا فائدة فى رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون
المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة قال ولا يجوز التصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه التصرف فى ثمن الصرف
قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع فى الثوب لفوات
القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربوا حرام حقا لله والقياس يقتضى جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين
عينا كانت او دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قال
عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلثة ولكنا نقول الثمن فى باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع
وما ثمه سوى الثمنين وليس احدهما اولى بكونه مبيعا فجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا وان كانا ثمنين خلقة وبيع
المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا فى المقايضة اعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع
وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك فى الاثمان
الجعلية كالمكيلات والموزونات التى هى غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا فى الذمة لا فى الاثمان الخلقية قوله
وليس من ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعين فان
المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط قيام الملك فيهما وقت العقد
وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا فى ملكهما فاستقرضا فى المجلس وافترقا عن قبض صح واجيب بان الدراهم و
الدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده
قبله قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة
لكن القبض شرط لقوله عم الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وهو المعقول المتقدم من قوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه
مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين فى الوزن فى الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد
شرط صحته لان الفضل موهوم والموهوم فى هذا الباب كالمحقق والنبى عم لم يرد المماثلة فى علم الله لانه لا سبيل الى ذلك
وانما اراد المماثلة فى علم العاقدين ولم توجد فان وزنا فى المجلس وعلما فى المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد
فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر اذا عرف التساوى بالوزن

جاز

جاز سواء كان فى المجلس او بعده لان الشرط هو المماثلة والفرض وجودها فى الواقع والجواب قلنا ان المراد بها ما هو
فى علمهما قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها فى البيع لا يخرج النقود عن كونها
صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفى عنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالفى مثقال ونقد
من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق فى المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل
الصرف وقبض ثمن الجارية ليس بواجب لا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريغا
للذمة كما اذا ترك سجدة صلبية وسهى ايضا ثم اتى بسجدتى السهو وسلم تصرف احدى سجدتى السهو الى الصلبية وان لم ينوها
ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا لو اشتراها بالفى مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل
فى الصرف جائز فى بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع
من الثمن خمسين فاذا دفع ساكتا عنهما جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح
بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تع يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل
عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم او لا وتفرقا
على ذلك انتقض البيع فى الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح
من القول قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا بطل العقد فى الحلية لانه صرف فيها واما فى
السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك لعدم امكان التسليم بدون ضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع فى
السقف وان كان يتخلص بلا ضرر جاز فى السيف وبطل فى الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية
قوله وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعنى الثمن ازيد مما فيه اى المبيع تتميم للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن
مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهى اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المفردة
مثل ازيد من وزن الفضة التى مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزائد فى مقابلة الغير فلا يفضى الى الربوا
والثانى ان يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز لانه ربوا لان الفضل ربوا سواء كان من جنسها او من غير جنسها
والثالث ان يكون المفردة اقل وهو واضح والرابع ان لا يدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد
وتوهم الفضل خلافا لزفر فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب
ان ما لا يدرى يجوز فى الواقع ان يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعدد جهة
الفساد فترجحت واعترض بان كل جهة منها علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردرى بان مراده انه
اذا كان احدهما يكفى للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقى اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة بالحقيقة قال
ومن باع اناء فضة ثم افترقا ومن باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض
وصح فيما قبض واشتركا فى الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد فى بعض دون بعض فصح اى بقى صحيحا فى بعض وبطل
فى آخر وهذا بناء على ان القبض فى المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة
وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال
ولو استحق بعض الاناء اى لو استحق بعض الاناء فى هذه المسئلة فالمشترى بالخيار ان شاء رد لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذ الشركة

في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صفقة فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بعد تمامها
وهو الافتراق لا عن قبض **قال** ومن باع قطعة نقرة المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة
العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب
لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء **قال** ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع رجل باع درهمين ودينارا
بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري
شعير وكري حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد العقد
تصرف كل جنس منها الى خلاف جنسه عند العلماء الثلثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه
قابل الجملة بالجملة ومن قضيته المقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين
حظ من جملة الاخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا اي سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز
وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لا يجوز
في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز
وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف
الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز
ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الارادة فينبغي ان يكون مرادا اما انه جائز الارادة فلان
كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة بكر بها فسد لان الكر قابل الكر وفضل الآخر واما وجوب ان يكون
مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك لامكان ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم
والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر قلنا هذا غلط لانا ما اردنا من الطريق
الا الصرف الى خلاف الجنس على اي وجه كان على ان فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو اقل تغييرا متعين والجواب عن قولهما
ان الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصف التصرف واصله والاول مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز
والثاني ممنوع لان موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد
مشترك بينه وبين غيره انصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان
اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم اجاب عن المسائل المستشهد بها اما الاولى اعني مسئلة المرابحة فبقوله
لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والمانع من ان يكون مراده انه تغيير في الاصل او غير ذلك فان كان الثاني فلم
نبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير العقد من
وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير الى
التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على
الالف الى المشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف
البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا
وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء

صح

صح **قال** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال
الربوية وفي هذه احدهما وهي صحيحة كالاولى ويكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل لما
روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام
على العقد الجائز دون الفاسد **قال** ولو تبايعا فضة بفضة او باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما فاما ان
يكون مما له قيمة او لا والاول اما ان تبلغ قيمته الفضة او لا فان كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة
لم يقابلها عوض فيتحقق الربوا وان كانت قيمته مبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة
ككف من زبيب او جوزة او بيضة والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة واما
لانه يفضي الى ان يالف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة
اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد
وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم مسئلة تتبين بها بيع
النقد بالدين وهو على ثلثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا
كان له على آخر عشرة دراهم فباع الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عمن
من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا
عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد البدلين يحصل الامن عن خطر الهلاك
فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد
وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعين احد البدلين بعد قبض
الآخر للاحتراز عن الربوا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضف
الى العشرة التي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصا او لا فان كان الثاني لم يقع المقاصة ما لم يتقاصا بالاجماع وان
كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ان لا يقع وبه قال زفر رح لانه استبدال ببدل الصرف وهو لا يجوز
كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا وجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض
العوضين قبل الافتراق بقوله ع يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين
العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما
لا بد له من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي
كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك
لانهما فسخا اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم
بالف وخمسمائة وفيه بحث من اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد
الى الدين السابق والثاني ان الثابت اقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضي
وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابتة بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار
على البائع بحكم الاقالة لان اقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المص بقوله في الاضافة الى الدين يعني [illegible]

يقع المقاصة بنفس العقد على ما بيّنه وعن الثاني بأن المقاصة يقتضي قيام العقد وهو موجود لأنهما لما أبطلا عقد الصرف
صار كأنهما عقدا عقدا جديدا فيصح المقاصة به وعن الثالث بأن الإقالة ضمنية يثبت في ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت
مثل هذه الإقالة حكم البيع وزفر رحمه الله لم يقل بالاقتضاء لم توافقهم في المسألة فتعين له وجه القياس فإن قيل لم ترك المص
الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي أنه قال لرسول الله صلعم إني أكري إبلي بالبقيع إلى مكة بالدراهم وآخذ مكانها دنانير
أو قال بالعكس فقال عم لا بأس بذلك إذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على أنهما
كانا يضيفان العقد إلى الدين الأول أو إلى مطلق فلم يكن قاطعا حتى يلتزم زفر به وإن كان الاحقابان اشترى دينارا بعشرة
دراهم وقبض الدينار ثم إن مشتري الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أرادا أن يتقاصا ففيه روايتان في
رواية أبي سليمان وهي التي اختارها فخر الإسلام وقال المص في أصح الروايتين يقع المقاصة وفي رواية أبي حفص واختارها
شمس الأئمة وقاضي خان لا يقع المقاصة لأن الدين لاحق والنبي عم جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رض ووجه الصحيح
أن قصدهما المقاصة يتضمن انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة
هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول وهو ليس بدافع كما ترى إلا إذا أضيف أن القياس يقتضي أن لا يقع المقاصة
بين العين والدين أصلا لعدم المجانسة إلا أنه استحسن ذلك بالأثر ويقوى هذا الوجه أن الدين لا يتعين بالتعيين كما
تقدم فالمطلق والمقيد فيه سواء وقد وقعت المقاصة إذا أضيف إلى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ
العقد الأول وإلا كان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد
فإذا أضيفا إلى الدين السابق تجانسا وإذا أضيف إلى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وإنما التجانس
حينئذ بينها وبين هذا الدين المقارن وهذا أوضح قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة
التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبة فيرده بيت المال لا للزيافة بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم
صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع أما الأول فلصدوره عن أهله في
محله مع وجود شرطه وهو المساواة وأما الثاني فلأن المانع إن تصور هنا فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس
قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الأصل أن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة فالأول كما في
الردي والثاني ما خلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت فإذا كان كذلك يعتبر الغالب لأن المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك
فإذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الفضة والذهب يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر
في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها إلا متساويا في الوزن وإن كان الغالب
عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فإن اشترى بها إنسان فضة خالصة فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة
التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدري فالبيع فاسد وإن كانت أكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وإن
بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر قوله ولكنه صرف جواب عما يقال إذا صرف
الجنس إلى خلاف الجنس لم يبق صرفا فلا يكون التقابض شرطا ووجهه أنه لما صرف الجنس إلى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد
والثابت بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين في
إذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر وهذا يشير إلى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم

التميز

التمييز قال المص ومشايخنا يريد به علماء ما وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة أي الدراهم
الغطريفية وهي المنسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وقيل هو خال هرون الرشيد لأنها أعز
الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه أي لو أفتي بالإباحة تدرجوا إلى الفضة والذهب بالقياس ثم المعتبر في المعاملات بها
المعتاد فإن كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيهما بالوزن وإن كانت تروج بالعد فيهما فيهما بالعد وإن
كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليهما ثم بما مادامت تروج يكون أثمانا لا يتعين بالتعيين فإن
هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بهلاكها ويجب عليه مثله وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والستوقة
ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم وإن لم يعلما أو
لم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها
معاملات الناس دون المشار إليه وإن كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها
زيوفا إن علم البائع خاصة لأنه رضي بجنس الزيوف وإن لم يعلم يتعلق بجنسها من الجياد لعدم الرضا منه بالزيوف وإذا
اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رحمه الله لم يبطل
وعليه قيمتها لكن عند أبي يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها والمص فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها
ولم يذكر أنه في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل أن عدم الرواج إنما يوجب فساد
البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لأنه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن وأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة
ويروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع
عليه البيع وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد وأما على قولهما فلا يستقيم وينبغي
أن يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس و
عند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا لهما أن العقد قد صح لوجود ركنه
في محله من غير مانع شرعي إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه وإذا بقي
العقد قال أبو يوسف وجب القيمة يوم البيع لأنه مضمون بالبيع وقال محمد قيمته يوم الانقطاع أي الكساد لأنه انتقل الحق منه
إلى القيمة في ذلك اليوم ولأبي حنيفة رح أن الثمن يهلك بالكساد لأن الدراهم التي غلب غشها إنما جعلت ثمنا بالاصطلاح فإذا
ترك الناس المعاملة بها بطل وإذا بطل الثمنية بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناولها وهو باق بعد الكساد
وهو مقدور التسليم لأنا نقول إن العقد تناولها بصفة الثمنية لأنها ما دامت رائجة فهي ثمن وبالكساد يعدم
منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الأعيان ولو انعدمت
المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب بأن رجاء الوصول في العام الثاني غالبا
فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر إلى أن يحصل أما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها
فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول إلى ثمنيتها في ثاني الحال لأن الكساد أصل والشيء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه
وإذا بطل البيع فإن لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وإن كان مقبوضا فإن كان قائما وجب رده بعينه وإن
كان هالكا أو مستهلكا فإن كان مثليا وجب رد مثله وإن كان قيميا كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع
وجب رد قيمته

عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المص بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان نصه في البحث بالكساد واما اذا غلت
بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر لذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان
وقت البيع قال ويجوز البيع بالفلوس اي البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم اي معلوم قدره ووصفه واما قال
كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف والاشارة اليه ثم انها اما ان يكون نافقة او كاسدة حالة العقد
فان كان الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين
ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع و
اذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند ابي ح
بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح
الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلثة وذكروا نقل الكتب
المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة
فكسدت قبل القبض بطل الشرى عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز
عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع اوانه وهذا ظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن
الدليل المذكور لزفر يمنع لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا
يفضي الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك قال واذا استقرض فلوسا فكسدت
اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابي ح لانه اي استقراض المثلي اعارة كما ان اعارته قرض وموجب
استقراض المثلي رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف
عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة
الشيء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين ان لو رد
مثله حال كونه باقيا اجاب المص بان الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية ومعناه ان الثمنية
ليست عين القرض وهو ظ ولا لازما من لوازمه مجازا ان ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من
ذوات الامثال الا يرى ان الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون او عددي متقارب فبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات
الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية
اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما
قبض وليس المثل المجرد عنها في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند
محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف ومحمد فيمن غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف تجب القيمة
يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد انظر للمقرض وللمستقرض لان على قول ابي ح يجب رد المثل وكلها كاسد
وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف تجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمته يوم القبض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو
ضرر بالمستقرض فكان قول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض و
سائر الناس وقيمته يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس
جاز

رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا نقرة وذلك معلوم عند الناس وقت
العقد جاز ووجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس الدرهم او بقيراط فلوس وقال
زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد
فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز وقلنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث
العدد مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جوزه ابو يوسف بناء على كونه معلوما وفصل محمد بين ما دون الدرهم وما
فوقه فجوزه فيما دون الدرهم خاصة لا في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك
الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف لا سيما في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف ومن اعطى
صيرفيا درهما هذه ثلث مسائل الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اي درهما
صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس
ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة وهو ربوا فلا يجوز وعلى قياس ابي ح بطل في الكل لاتحاد الصفقة
وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص
عن ابي ح والثانية ان يكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانهما عقدان
وفساد احدهما لا يوجب فساد الاخر كما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا وبنصفها دنا من الخمر فان البيع في العبد
صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق الصفقة وحكي عن الفقيه ابو جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان و
الشيخ الامام شيخ الاسلام ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله اعطني مساومة
وتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل
الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المص والثالثة
ان يقول اعطني نصف درهم فلوس وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة جاز والفرق بينها وبين الاولى
انه لم يذكر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم
الا حبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال المص وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم فلوس
ونصفا الا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع
في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ

كتاب الكفالة

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات
غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في
اللغة هو الضم قال الله تع وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا
لمصالحها وفي الشرع ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس و
لا دين ثمه وكما يصح بالدين يصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار
الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين
عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح
فجعلنا الدين عليه لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم دينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين قال

الكفالة ضربان الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار
المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا انقياد له ليسلمه ولانه لا قدرة
له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظ واذا كان بامره فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه
ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من مال المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له
ولاية على مال نفسه ولنا قوله ع م الزعيم غارم اي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة
بنوعيها لا يقال هو مشترك الالزام لانه ع م حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا
لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يتضرر به وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به قوله ولانه
يقدر على تسليمه جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه قوله اذ لا قدرة له
على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان
القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له قوله والحاجة
ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا و
الحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا او عنادا قال وينعقد اذا قال تكفلت
بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن
حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبراسه وبرقبته
فان كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصف
او ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر في الطلاق فمن صحح اضافته اليه
بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا ينعقد اذا
قال ضمنته لانه تصريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في
هذا المقام قال ع م من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق عليه ويجوز
ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه او قبيل
لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة
وذكر في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفته فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف وعلى هذا معاملة الناس فان شرط في
الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته
وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما درى لماذا يدعى فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون للعجز او مع قدرة فان
كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه او لا فان كان الاول امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت
ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول
سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف
مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة تخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر
الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل

وهو

وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان
المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر
الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قال واذا احضره وسلمه في مكان اذا
احضر الكفيل المكفول به بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة
بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم الا
مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو
القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتاخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما في
زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسوق
والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهي القدرة على المحاكمة
وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي ح للقدرة على
المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهوده كما يتوهم ان يكون
فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الموهومان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فبرئ
وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه او ياخذ منه كفيلا وقد حصل وقيل هذا اختلاف
عصر وزمان فان ابا ح كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله ع م لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح
والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم في ذلك المصر وفي
مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيد التسليم بالمصر
الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه
لم يقدر على المحاكمة فيه وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان ياتي به الكفيل لا يحبس الكفيل
لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به قال
واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما او
موت احدهما مسقط لها اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط
الاحضار عن الكفيل واما اذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول به بنفسه لا محالة فان قيل فليؤد الدين من ماله اجاب
بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له لا اصالة وهو ظ لانه لم يلتزم
المال والنيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال اذا مات فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود
ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا
كانت الكفالة بامره كما في حالة الحيوة واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن
فللوارث ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ومن كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل
اذا دفعته اليك فانا بريء فدفعه اليه برئ لانه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة
بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك

بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الحقوق وقال في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحا وليس بشيء لان الكلام في ان البراءة يحصل بمجرد التسليم لا دفع المكفول به قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا لنفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا بعد وقت حتى يحصل اليه حقه فلعل الطالب يقول انما استوفيت حقي من المط لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد وجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لان الكفيل يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزمه فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ابقاء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالة الذي اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل وصار تسليمه كتسليم الكفيل لان المكفول به مطالب بالحضور وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذ المطلوب به فهو يبرئ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالحضور اي لان المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا فيه نظر لانه يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل ليبرأ به لان له جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والتبيين وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه قال وان تكفل بنفسه على انه ان لم يوافه به الى وقت كذا رجل قال ان لم اواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضر الى الوقت المذكور ضمن المال وافاه اي اتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه ان لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو غير مفيد لانه اذا قال على ما لك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها على التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما ادركك في هذه الجارية التي اشتريتها من درك صح وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع انها لم يعلم هل تبلغ النفس ولا ثم الحكم في هذه المسئلة شيئان احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند ادائه ما يكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو ظ للتصريح بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل الا بما ينافيها من تسليم او ابراء او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما مشروع للتوثق كما ان الكفالة بالنفس بعد ثبوتها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما اذ ذاك واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح وقال الشافعي هذه الكفالة اي المعلقة بالشرط لا يصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال

بالخطر فاشبه البيع في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب انا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه والاول ممنوع والثاني يفيد المط لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر من حيث الالتزام فشبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشروط كلها وشبه النذر يقتضي جواز ذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا التعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس قال ومن كفل بنفس رجل ومن كفل بالنفس وقال ان لم اواف به غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه مسئلة الجامع الصغير وهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان كل منهما وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنهما عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما ترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتاكيد لها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء فيجب ان تسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والالزم ان يكون ما فرضناه تاكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف باطل واجاب الامام ظهير الدين في فوائده بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء ينفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ولا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة التاكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تاكيد كما كان فان قيل اذا يتضرر الكفيل وهو مدفوع قلنا الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث تيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستيثاق ظنا منه ان بالموت ينفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى شيء على خلاف اطلاق لفظه في ان لم اواف غير مقبول في اضراره غيره قال ومن ادعى على آخر مائة دينار ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها بانها جيدة او ردية هندية او مصرية او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي ح وابي يو آخرا وقال محمد وان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة ما انه موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك لوجهين احدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعي عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي ان لا يصح الكفالة وان بين المال ثم صرح المص والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وح لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما بني عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال فعلي المائة فينصرف الى ما عليه ويكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما

والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى
لمحمد وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا باس بذلك لان العادة جرت بالاجمال
في الدعاوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فيصح الدعوى على اعتبار البيان
فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمال المطلقة في الابتداء المال التي يدعيها ويبينها في الاخر وعلى هذا
صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال ولا يجوز الكفالة
بالنفس من توجه عليه الحد والقصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعى عليه
فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي ح رح وعلى هذا يكون معنى قوله ولا يجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف
المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجازا وقال ابو يوسف ومحمد رح يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليهما كما في سائر حقوق
وفي القصاص لانه خالص حق العبد اي لان المغلب فيه حق العبد على الخلوص لما عرف ان القصاص يشتمل على الحقين وحق
العبد غالب وليس تفسير الجبر ههنا الحبس بل الامر بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب
داره واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فاذا اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم ياذن له بالدخول
يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود الخالصة لله تع كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان
طابت نفس الكفيل به سواء اعطاه قبل اقامة البينة او بعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى
لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس به
يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولابي ح رح قوله م لا كفالة في واحد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد وبين
ما هو خالص حق الله تع قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي م ذكره الخصاف في ادب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد
في ادب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله م ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيهما الاستيثاق بالكفيل
فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة على ما يذكر لا للاستيثاق
بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط بالاستيثاق ويثبت
مع الشبهات في الشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل فيه كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع
المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما
واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو ضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين قال ولا
يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان اي لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما اي في حد القذف والقصاص حتى
يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اي يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة اي لتهمة الفساد لا لاثبات
المدعى لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة يثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع
الفساد وهو من باب الديانات والديانات يثبت باحد شطريها وقد روى ان رسول الله م حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس
في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال اذا
ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود و
القصاص فان الاقصى فيها القتل او القطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة وللقائل ان يقول يحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى

بالحجه

بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء ثابت بقوله م ادرؤوا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي الحبس للتهمة و
يمكن ان يجاب عنه بان يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام الحاكم ايضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مامور به والترك في
التهاون حرام لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم اتهم بانه
متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والانتفاء عن امثاله مامور به فيحبس باحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد
دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس من النبي م في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن م ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة
يحكم بالدرء هذا والله اعلم بالصواب وذكر في كتاب ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لان اخذ
الكفيل لما جاز عندهما جاز ان يستوثق به فيستغني عن الحبس وقيل معنى كلامه انه لا يحبس في الحدود والقصاص عندهما روايتين
في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة قال والرهن
والكفالة جائزان في الخراج اورد هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى يتوهم ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات
دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب
الزكوة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعني في الحيوة والممات احترازا عن الزكوة فانها يطالب بها اما
في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا يجوز لانها غير مطالب بها
بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين يطالب به اشارة الى صحة
الكفالة فان كل دين صحيح يصح المطالبة به في الحيوة والممات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه
وقوله يمكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانها يعتمد امكان الاستيفاء لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد
في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المص لف ونشر مشوش ولا بعد في قصد ذلك قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه
تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل
ضم ذمته الى ذمة الاصيل في المطالبة بان يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء
الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطلب وهو خلف بط والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية
يزداد التوثق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا
دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححناها ليزداد التوثق فلو برئ الاول ما زاد الا ما نقص فما فرضناه زيادة
لم يكن زيادة هذا خلف بط وقال ابن ابي ليلى برئ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان
واجبا في موضعين وهو بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية
والاصل يوافقها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك بط ثم اذا سلم احد الكفيلين نفس
الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه قال واما الكفالة بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة
بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه بما لك عليه او بما يدركك في هذا
البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به
يسيرة وغيرها بعد ان كانت متعارفة قوله وعلى الكفالة بالدرك بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول
وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك

صحيح بالاجماع وهو ضمان المجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بالشجة اي شجة كانت اذا كانت خطأ فانها صحيحة وان
كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار وانما قيل خطأ لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت بآلة جارحة فانها توجب
القصاص والكفالة به لا تصح وكان من ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييد به وشرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا فخرج
بان لا يكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب
لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيزه نفسه
وقيل لان المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به قال والمكفول له بالخيار ان المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه
الاصل اي المدين وسمي المديون اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا
وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراءة عنها الا اذا
شرطت البراءة فتصير حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ المحيل تكون كفالة فعلى هذا له ان يطالبهما جميعا
جملة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين اي الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على
تضمين الآخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك اذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الآخر له اما المطالبة بالكفالة
فلا تتضمن التمليك قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله
اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل ان يقول اذا قدم زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل
قوله اذا غاب عن البلد او اذا مات ولم يدع شيئا او ان حل مالك عليه ولم يوافيه فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملائمة كقوله
ان هبت الريح او جاء المطر وقد يكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله
ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عم علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك
وكان نداؤه بامر يوسف عم وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله تع ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما
ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان الجعالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة له فهو كقول من ابق عبده من جاء به
فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما تكون اذا التزم عن غيره وهاهنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة
الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل
بهما مهما امكن واجب معناه والله اعلم ان يقول المنادي للعير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير انا زعيم بذلك فيكون ضامنا
عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها
الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة
المكفول عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز اصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت
بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها الا انه قال الله تع حمل بعير وهو غير
معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع مطلقا والثانية انما تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة
الى المستقبل تأبى القياس جوازها على ما يأتي وانما جوزناها استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول
باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب وفي حق
المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا واذا كان بمنزلة البيع

في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته
لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو الموعود بقولنا على ما يأتي قوله وكذا اذا جعل كل واحد
منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا للكفالة وفي كلامه نظر من وجوه
الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز والثاني ان قوله وكذا
اذا جعل معطوف على قوله فاما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخ اما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او
الكفالة اذ لم يذكر ثالث والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك
لقوله بعده الا انه تصح الكفالة والثالث ان الدليل لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل
صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول
المسألة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي
الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذ المعلق يخرج العلة عن العلية
كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقاربه ان كان على
ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر هو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا
وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجاز بقرينة قوله ويجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صح تأجيلها
باجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق والعتاق ويجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فان قال
تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما
عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به وان لم يقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر
الزيادة وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشيء مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل القول
قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال والدليل ساير بقوله لانه منكر الزيادة
فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته
عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت صح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له
في حالة المرض قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل
عني وبغير امره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله عم الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامره او
بغيره ولان الكفالة التزام ان يطالب بما على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا
لم يتضرر به غيره وغير المتصرف هاهنا هو الطالب او المطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فانما
يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فاما اذا لم يأمر لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر المرضي غير ضائر فتبين ان
الكفالة بنوعيها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذا فالقول بجوازه واجب ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه
لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا
كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي اصلا وعلى العبد ما دام رقيقا لان الامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس
كذلك ولا بما اذا قال الغير ادِّ عني زكوة مالي او اطعم عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه بما لم

يقل الآمر على انى ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه
متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء ملك
المال من الكفيل واقامه مقام نفسه فى استيفاء المال من الاصل والجواب ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز و
اذا كفل بامره تنعقد الكفالة كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الاصيل ولكنه يتأخر الى ادائه وهذا لا يكون عند كفالة
بغير امره قوله رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يملك المكفول به فى فصول منها الاداء الى صاحب الدين ومنها هبته اياه ومنها
ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين احدهما ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل
ما ضمن والثانى ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما ادى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد وتجوز له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع
بما ضمن لا بما ادى قال المص لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما فى ذمته فكذا
من نزل منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذى فى ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل
يملك ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى الميراث وهو ان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه
مقام الطالب وفيه بحث من وجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة
الى ذمة فى المطالبة لا فى الدين والثانى ان فى الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن واما فى الاداء بخلاف
ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد اعنى ما ادى وما ضمن والجواب عن
الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له فى القبض فقبضه وهذا
لان ذلك انما لا يصح لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه اخرجه من الكفالة ووكله بالقبض
فقبضه ثم وهبه اياه وح يكون تمليك الدين من عليه الدين وهو جائز والثانى ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة
اذا لم يكن هناك ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل فى الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك
ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين فى ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك لان له ولاية نقل الدين الى
حالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له فى ان الابراء
لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق تكفى مؤنته بوجوب المطالبة وذلك موجود
فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا معتدا للتسليم وذلك فى غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة
الى نقل الدين لتصحيح التمليك والتمليك يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل وعن الثانى
بان التشبيه انما هو فى نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود فى الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطلب
الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين
وادى المحال عليه ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة
الطالب قوله بما ذكرنا فى الحوالة قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين جواب دخل تقريره
الكفيل لا يرجع الا اذا ادى بامر المكفول عنه وح لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الديون والمأمور يرجع بما
ادى فكذلك الكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الديون لم يجب له على الآمر شئ حيث لم يلتزم بالكفالة فلا
يملك الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الآمر بالاداء فلا بد من اعتبار ما ادى

الزيوف

الزيوف عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لان اداء المأمور به لم يوجد والعكس فكذلك لان الامر
لم يوجد فى حق الزيادة فكان متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما ادى باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين
فهو على نوعين احدهما ان يصالحه على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لا بما ضمن لانه
اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما نذكره والثانى ان يصالحه على جنس
آخر وفيه يملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتى قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له
ان يطالب المكفول عنه به قبل ان يؤدى عنه لان الموجب للمطالبة هو التملك وهو لا يملكه قبل الاداء فانتفى الموجب
بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الموجب فيه وجد فى حقه حيث انعقد بينهما اى بين الموكل والوكيل
مبادلة حكمية ولهذا يجب التحالف اذا اختلفا فى مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشترى عن الموكل لاجل الثمن
كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة قال فان لوزم بالمال اذا لوزم الكفيل له ان يلازم
المكفول عنه اذ لم يكن للمكفول عنه مثل الدين فى ذمة الكفيل لانه هو الذى اوقعه فى هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا
اذا حبسه كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعى ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل
قبل الاداء وقلنا هو مورط فعليه الخلاص فاذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان ابراء الاصيل
وابراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم تبق المطالبة على الاصيل
وهو ظ ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه فى الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها وقوله
فى الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب اصل الدين فى ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول
براءة الاصيل لا يوجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلل بان الكفالة لا تكون الا فيما هو مضمون على الاصيل وقد
سقط الضمان عن الاصيل بالاداء او الابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على
الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل
فى ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض فى ذلك فانا قلنا ان
براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل فى ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الكفيل اذ
ذاك محال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل يوجب براءة المحال عليه وان ابرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على
الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل
بدون الطلب وبدون الكفيل جائز الا يرى انه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخر الطالب عن
الاصيل فهو تأخير عن كفيله وان اخر عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الاصيل لان التأخير ابراء موقت لاسقاط المطالبة
الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد ورد بان هذا اعتبار مع عدم التساوى وهو بط الا يرى ان الكفيل لو رد الابراء
المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء ويسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه اداء ما ضمنه
حالا والجواب ان اعتبار شئ بغيره لا يستلزم التساوى بينهما من كل وجه والا لانتفى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق
عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الآخر وما ذكروه ان الابراء المؤبد اسقاط محض فى حق الكفيل
لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو

تأخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يبقى بعد الاجل والتأخير قابل للرد قوله بخلاف ما اذا كفل يجوز ان يكون جواب
دخل تقريره لا نسلم ان التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه
يكون تأخيرا عن الاصيل وجوابه ان ذلك ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لاصل الدين لانه لما شرط التأجيل في ابتداء
الكفالة ولم يكن حق الطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم تثبت بعد تعين تأخيره واذا كان
تأخير الاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تأخر عنه وعن الكفيل جميعا اما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان
لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير اصل الدين قال فان صالح الكفيل رب الدين مصالحة الكفيل
رب المال على اقل من قدر الدين بجنسه على اربعة اوجه وهو ان يشترط براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة
الكفيل خاصة او لم يشترط شيء من ذلك ففي الاول والثاني برئا جميعا وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسمائة لا غير و
الالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل
وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب
فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى
الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فبرئ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل
لما تقدم ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل لانه ادى هذا القدر بامره وان قال صالحتك
عما استوجبت بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي
من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ومصالحته اياه بخلاف الجنس تمليك لاصل الدين منه بالمبادلة فيرجع
بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز واجيب بانه جعل الدين في ذمة
الكفيل ليصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن عليه الدين ويكون البراءة مشروطة للكفيل
فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون
خمسمائة بدلا عن الالف لكونه ربوا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل
فيبرآن عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره كما ذكرنا قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا
ذكر ههنا ثلاث مسائل تتعلق بالابراء احدها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المط وانتهاؤها الى الطالب والثانية ان
يذكر ابتداؤها من الطالب والثالثة بالعكس فالاولى ان يقول لكفيل ضمن له بامره مالا قد برئت الي من المال وفيها يرجع
الكفيل على الاصيل لما ذكرنا ان البراءة التي يكون ابتداؤها من المط اي الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بايفاء
فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال او قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل و
لا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية ان يقول ابرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب
الدين ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء
وهما بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد هو مثل ان يقول ابرأتك
لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية ادناهما فيثبت قوله ولا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون
دليلا آخر وتوجيهه ان يقال سلمنا حصول البراءة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء

رجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف هو مثل ان يقول برئت الي لانه اقر ببراءة
ابتداؤها من المط فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا
قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فيقع البراءة
وان لم يوجد من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل ابو ح مع ابي يوسف في هذه
المسئلة وكان المص اختاره فاخره وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان
الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة واعترض
بوجهين احدهما هو ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل وقد ذكر مما ذكرنا ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل
التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجملا مع انتفاء
لازمه واجيب بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال
لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الي لاني ابرأتك فان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكروه في تعليل
الاوجه الثلثة استدلالي لا صريح في الايفاء وغير الايفاء فكان العمل به عند العجز بالعمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان
من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالته على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هو
الذي سوغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه
وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد به المجمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام
فالخطب اذن تهون هونا قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفيل له بالشرط مثل
ان يقول اذا جاء غد فانت برئ من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات
وربما لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا برئ من المال فوافاه من الغد فهو برئ من المال فقد جوز
تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بالموافاة بالمكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض
كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء
الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا
محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق
الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان الشرط فيه نفع للطالب له تعامل فتعليق البراءة صحيح كالمسئلة
المنقولة من الايضاح فان للطالب فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الا يرى ان صاحب
الدين اذا قال عجل خمسمائة على اني ابرأتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز
محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه من
الكفيل لا يصح الكفالة به ذكر ضابطة لما لا تصح الكفالة به ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب او جز الرقبة
ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد
او القصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب
عليه اما ان يكون اصالة والفرض خلافه او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو لا

على الثاني لا يحصل وفيه تشكيك وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد
لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتهتكين يعودون الى الجناية وان كان الثاني فقد يحصل المقصود بالاقامة على الثاني
هذا في الحدود واما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والثاني كما في الحدود ولعل
الاستدلال على ذلك بالاجماع اولى فانه لم يرو لاحد من اهله خلاف في جريانها في العقوبات فيكون التشكيك تشكيكا
في المسلمات وهو غير مسموع **قال** واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه
دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان
بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة لا تضمن كالوديعة والمستعار والمستاجر و
مال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون
بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فالكفالة بها كلها اما ان يكون بذواتها او بتسليمها
فان كان الاول لم يصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير ويصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي فعلى
هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي بدله لانه مضمون بغيره وهو الثمن
ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة ويجوز في المبيع بيعا فاسدا و
المقبوض على سوم الشراء والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان
مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان تجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ومنع الشافعي
الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون
الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان وقلنا بناء على
اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا محالة
والامانات ليس كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا بالقيمة غير مضمون
على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا للدين
ولا يلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة وان كان الثاني اعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره
كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن
الدين جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا يصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى
قضى الدين ولعل محله اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع
رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين او زائدا
عليه والزيادة عليه من ماليته كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيهما وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة
ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيهما عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما
لا يجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل بتسليمه الى المستاجر كمن استاجر دابة وعجل الاجر
ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء
لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المص

ذكر

ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازه واظنه تابع شمس الائمة السرخسي في ذلك فانه قال الكفالة
بتسليم العارية باطلة قيل وهذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه
نظر فان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاختارها قوله لانه التزم
فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه قوله ومن استاجر
دابة للحمل اعلم ان من استاجر دابة معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا وان استاجر غير معينة للحمل فكفل
رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استاجرها معينة للحمل فكفل بالحمل لم
يصح قال المص لانه اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على
تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي
واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي وهو قوله تسليم ما التزمه مقصور في
الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير دافع لان تسليم ما التزمه مقصور في الجملة فكان
الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استاجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم يصح لما بينا انه عاجز عما كفل به
قال ولا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس لا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي ح وم وهو
قول ابي يو الاول وقال آخرا يجوز اذا اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ كفالة المبسوط
وفيه نبوة لان نسخ كفالة المبسوط لم يتعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض او
زيادة في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يو يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون
الآخر وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس و
المال جميعا لابي يو في وجه الرواية التي لم يشترط الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظ وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم
كالاقرار والنذر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار يتم بالمخبر
والنذر من العبادات ومن له العبادة لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في
الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد
ومنع عدم الضرر لجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء في ان الكفالة
اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من
الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي
توقف على اجازته لوجود شطريه **قال** الا في مسئلة واحدة هذا استثناء من قوله لا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه
قال لا يصح ذلك عندهما الا في مسئلة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا به
ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض والاستحسان وجهان احدهما ان يقال اذا قال المريض
لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال اوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد
تقدم ان جهالة المكفول له يفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما تصح هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت تصحيحا
لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا قيل في كلام المص تسامح لانه في معنى الوصية لا انه وصية من كل

وجهٍ لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس
كذلك لانه قال الا ان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيما اذا كان للفظ ظاهر على معنى
واذا نظر في معناه يؤل الى معنى آخر وح لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة ولنا ان يقال ان المريض
قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض بتفريغ ذمته وانتفاء المانع لوجود
ما ينافيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب
حضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس يشترط فيها اجاب المص بقوله وانما يصح بهذا اللفظ ولا
يشترط القبول لانه يراد به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حاله التي
هو عليها فصار كالامر بالنكاح بقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت
وظاهر قوله لا يشترط القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله بالامر بالنكاح يدل على
قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسئلة قال ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه
اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فيه فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي
غير طالب بقضاء دينه لا في الحيوة ولا بعدها بدونها لا التزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك
لاجنبي او لوارثه آخر يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي
اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته فيصح هذا امر المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لضيق الحال عليه بمرض الموت
كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس او على انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر في الاستحسان
ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها قال واذا مات
الرجل وعليه ديون اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا لم يصح الكفالة
عند ابي حنيفة رح وقالا هي صحيحة وهو قول الائمة الثلثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شانها
فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة
الى الدنيا والآخرة لا كلام في ثبوته وبقائه في حق احكام الآخرة واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق
الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا بابراء من له الحق او باداء من عليه او بفسخ بسبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله
فدعوى سقوطه دعوى تجرده عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح ولو برئ المفلس
بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان له كفيل او له مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان
الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك
الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد لمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن
ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة رح ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي
القدرة انما يكون بنفسه او بخلفه وقد انتفتا بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود
والفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلوة واجبة والوصف
بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم في قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك بما ذكرناه في

الجواب

الجواب في التقدير في باب صفة الحسن للمأمور به وان قلت فقد يقال المال واجب اجاب المص بقوله لكنه اي الدين في الحكم مال
لان تحقق الفعل في الخارج ليس الا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لانه الاداء الموصوف به يؤل اليه في المآل
فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن
كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تصح وان تعذرت المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب
الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلا للوجوب عليها وهذا التقدير كما ترى يشير الى ان المص كرر
دليل ابي حنيفة رح بطريق المعارضة ولو خرجه الى سبيل المانعة بان يقول لا نم ان الدين ثابت بل هو ساقط وذكر استدلاله بقوله
فان الدين هو الفعل كان احذق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وشبه هذه النكتة واستغنى عن اعادتها فيما هو
نظيره فيما سياتي قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين
فان من قال لفلان على الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا ولان بطلان
الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت لا يخرج من قام به لمن المحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ
بدينه ما تبرع به الف وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في حق البائع فان السقوط في حق الميت
لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملاك قد بطل في حق المشتري فكذلك انتقض العقد
قوله واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر
او بخلفه واذا كان به كفيل او له مال فان انتفى القادر فخلفه وهو الكفيل والمال في حق بقاء الدين باق وقوله في
الافضاء على ما هو السماع وعليه اكثر شراح وكانه قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما باق
بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في كلامه لف ونشر وتقدير بخلفه وهو الكفيل والافضاء اي ما يفضي الى الاداء وهو المال
باق وعلى هذا شرط في القدرة اما نفس القادر او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه
التعليق بقوله بخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام بخلفه باق حذف للدلالة المذكور عليه كما في قوله نحن بما عندنا وانت بما
عندك راض والرأي مختلف ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فان الخلف بانه
يجعل كفاية او الاصيل عند عدمه ومما كذلك فكانا خلفين في فيما نحن فيه والتخلف مع الغيبة عنه بالاولى فان قيل ان استدلال
الخصم باطلاق قوله ع الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي ع اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه فقال
هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع عن الصلوة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة
على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله صلعم ولو لم يصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى ع بعدها كما امتنع
قبلها فماذا يكون جواب ابي حنيفة رح عن ذلك فالجواب ان قوله ع الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في
كفيل الميت المفلس هل هو زعيم اولا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي او ابي قتادة اقرارا بكفالة
سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع فنحن نقول بجوازه بدليل
ما روي انه ع كان يقول لعلي رض ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلدته ولم يجبره على الاداء
ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس
لعدم ما يضم اليه وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة والله اعلم قال ومن كفل عن رجل بالف

الجمع بين الآل والمآل مع توسط
يؤول حسن جدا ٥

رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخ اما ان قضاه
على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي فقبضه او على
الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها
اي الالف المدفوع وانث باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا
الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام
باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما اوجبه كمن عجل الزكوة ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان
لغرض وهو ان يصير زكوة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره وان
كان الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدي حق الطالب المطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم
يملكه لانه محض يد امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به
لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان حصل
من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظ لانه قبض ما اوجبه له فملكه من حين قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا وان
كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تاخر مطالبته
بما وجب له على الكفيل عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين
مؤجل ولو ابرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد
ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام قاضي خان والامام المجتبى وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا و
المسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من تصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير
الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة و
مطالبة الكفيل اخرت الى وقت الاداء فينزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا اي لكونه
نازلا منزلته لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه والى هذا ذهب بعض المتاخرين
وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى بحاله اي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما يثبت
للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله من
المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب
ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل و
لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة
واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث
مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متاخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا
ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم فان قيل فما معنى قوله فينزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فينزل هذا
الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا ههنا هذا ما سنح لي والله اعلم بالصواب

الاان فيه

الا ان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على
مذهب ابي حنيفة يتبينه في مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع في اخر فصل
احكام البيع الفاسد واما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا
يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف يطيب لان الخراج بالضمان اصله المودع اذا تصرف في الوديعة
وربح فانه على الاختلاف **قال** ولو كانت الكفالة بكر حنطة مثلا مكان الدراهم حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة
فيما يتعين بكر من حنطة فقبضها الكفيل من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب تصرف فيها وربح فالربح له في القضاء لما بينا
انه ملكه قال ابو حنيفة واحب الي ان يرده على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير
عن ابي حنيفة ونحوه رواية كتاب البيوع عنه الربح له لا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وفي رواية كتاب الكفالة
عنه انه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو قولهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه
يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه يمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على
تقدير ان يقضي الكر بنفسه واذا كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يتقرر وان لا يتقرر ومثل ذلك الملك قاصر
ولو عدم الملك اصلا كان خبثا فاذا كان قاصرا يمكن فيه شبهة الخبث واما لانه رضي به اي بكون المدفوع ملكا للكفيل على
اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل
فيما يتعين وهو راجع الى اول الكلام وتقريره يمكن الخبث مع الملك وكل خبث يكون مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في
البيوع فهذا الخبث يعمل في الكر لانه يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث
لحقه اي لحق الذي قضاه فاذا رد اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا
رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه انما رد
عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما
لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف يطيب **قال** ومن كفل عن رجل بالف اذا امر الاصيل الكفيل
ان يعامل انسانا بطريق العينة وفسره المص بان يستقرض من تاجر عشرة فيأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر
مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشرى واقع له والربح
الذي ربحه البائع عليه لا على الاصيل وسمي هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض
عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه
والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا كان المرابحة مكروهة وانما لزم الربح الكفيل دون الاصيل
لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله على فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون
على الاصيل والخسران ليس بمضمون على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر بايع في هذا السوق على ان كل وضيعة
وخسران يصيبك فانا ضامن بذلك فانه غير صحيح واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين يعني اشتر لي حريرا بعينه ثم بعه
بالنقد باقل منه واقض ديني فسادها باعتبار ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم
والمامور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا فسدت

الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو لعاقد ومن الناس من
صور للعينة صورة اخرى وهي ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب
الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب
من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع
باقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله صلعم بذلك فقال
اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياك والعينة فانها العينة **قال** ومن كفل
عن رجل بما ذاب له عليه رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة
على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى و
دعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اما مال مقضي به على الاصيل او لا لا ما قضى
بصراحة عبارته ودلالة ماذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق
عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطال الله بقاك فهو وان كان ضعيفا
لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لا طلاقها
وتقييد المكفول به حتى قيل ان ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام
على ذلك بينة لوجود المطابقة ح والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال مقضي او يقضى
بعد الكفالة والمدعي به مطلق يصح ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ
المص ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضي ولم يدعه او مال يقضى به
ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا يكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن اقام البينة ان له
على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضى به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضى به
على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلثة فروق ذكر المص منها اثنين احدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول
به ههنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة
لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر ومن الفرق بينهما ان ههنا لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك
عليه او ما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم لكن
ليس لك شيء لم يلتفت اليه والآخر الفرق بين الكفالة بامر وبينها بغير امر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان
الواجب عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين ان يكون بامر او بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما
يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما متغايران
لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر لان الحاكم انما يقضى بالسبب الذي يدعيه المدعي الا يرى
انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر
وقضى بالكفالة بالامر ببينة ثبت امر حجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب
بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال

على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه اي الشان ان صحة الكفالة بغير امره تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال
لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل
الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ابهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل ماله
قبله ولم يفسر واقام على ذلك بينة وان له على الغائب الف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضي بها على الكفيل و
الاصيل سواء ادعى الكفالة بامره او بغيره ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يمكن اثبات ما يدعي
على الحاضر الا باثبات ما يدعي على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه
معلوم ومعرف بذاته واذا كانت بمجهول لا يقضى ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما
يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبته المدعي وشيء في تمام ذلك قوله في
الكفالة بامر يجوز فرقا آخر بين ما اذا قام البينة على الكفالة بامر وبين ما اذا قام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت
عيانا ولو ثبت الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما ادى على الاصيل فكذا اذا ثبت بالبينة وقال زفر لما انكر الكفيل
الكفالة فقد زعم ان الطالب ظالمه والمظلوم لا يظلم غيره وقلنا لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن
اشترى شيئا واقر بان البائع باع ملك نفسه ثم جاء الانسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالثمن على
البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد خلافا لابي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه
بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يرده على بائعه لان قوله لا عيب به نفي العيب في الحال والماضي والقاضي
انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا **قال**
ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن
عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على
المشتري لا يسمع دعواه لان الكفالة اما ان يكون مشروطة في البيع او لا فان كان الاول فهو شرط ملائم للعقد
اذ الدرك ثبت بلا اشتراط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فهو الموجب للعقد فالدعوى بعد
ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم
من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقال التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في نقض ما تم من
جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضا الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الثاني
فالمراد بالكفالة احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل
تسكينا للقلب فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان ادركك درك فانا ضامن وذلك
اقرار بملك البائع ومن اقر بملك البائع لا يصح دعواه بعد ذلك وانما قال نزل منزلة الاقرار لانه يؤول اليه المعنى **قال**
ولو شهد وختم ولو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا
ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو
على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون
فيه ختم ولا فان ادعى لنفسه يسمع دعواه ويقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا يكون مشروطة في البيع لعدم الملائمة

ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان الشهادة على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع او جرى البيع لمشهدي واما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو ملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا يصح دعواه الا ان يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ قال **فصل في الضمان** ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان من مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها للتغاير في اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب فغفل وضمن له الثمن فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لانه حق القبض للوكيل بجهة الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد يرجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثا وكذلك المضارب اذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصوم ولان المال امانة في ايدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فان فرضنا امينا لم يكن امينا وذلك خلف بط فيكون الضمان تغيير الحكم الشرع وليس للعبد ذلك لانه تعد الى الشركة في الربوبية وقد قررناه بطلان ذلك في التقرير تقريرا تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجز كذلك ولقائل ان يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز ان يكون المال امانة بالوكالة اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك دفعا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بالف ثم باع بالف وخمسمائة والجواب ان رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكالة لئلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز ان تصح على وجه يبطل به اصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شائعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك انما يكون حسا او بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليله لان ما يستحق بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه اذ كان ما لا بد لبيان ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع منه الرجوع ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح هذا الضمان اما ان يصح بنصف شائع او بنصف هو نصف شريكه لان الضمان

يضاف

يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن احدهما نصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع وانما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف متاد له اعتباران اعتبار نصف شائع في كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض افراد لا تعلق له في الباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقض في التعقل وقوله لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع الخ يجاب عنه بانه انما لم يلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن احدهما الآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمه لانهما يكون بائعا الصفقة والغرض خلافه واستوضح بقوله الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويرد الآخر وله ان ينقد نصيب احدهما اذا نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قال **وقال** ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة جائز اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق بين الخراج والزكوة وذكر المص فرقا آخر بقوله وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولذا الواجب فيها تمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شيء والمال آلته ولهذا لا تؤدى بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول ككرى الانهار المشتركة واجر الحارس للمحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال فوظفها على الناس بذلك والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلما كالفجر ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه شرعا ههنا وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال فخر الاسلام واما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق او باطل وغير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذا النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان مأجورا وان كان اصله من جهة الذي يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا امر به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد يجيء بمعنى النصيب

قال الله تع ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصب وكان الفقيه ابو جعفر الهندوانى يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة
من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه فى القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم
معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة
بالتاء تجئ بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هى النوائب بعينها وقد ذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو
للبيان من باب العطف التفسيرى او حصة منها اى من النوائب يعنى اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك
فاصاب واحدا شئ من ذلك فيجب اداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغى ان يذكر الرواية على
هذا التقدير وقسمة بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما فى قوله تع من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل
وميكال فاشار المص الى ان الرواية بالواو على تقدير ان يكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها
فهو محل الواو واما اذا كانت هى النوائب بعينها فهو محل او والماتن قيل هى النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب
ما ينوبه غير راتب قيل وعن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعنى جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق
واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق قال ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال
المقر له هى حالة فالقول قول المدعى لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له حالة فالقول
قول الضامن وروى عن قول ابى يوسف ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعى القول فيهما للمقر لان الدين نوعان حال
ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة واجيب بفساد الاعتبار لان الاجل فى
الدين عارض كما سياتى ولابى يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا
بالحجة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب بما اجيب به الشافعى ووجه الفرق بينهما ان المقر بالدين مدعيا حقا لنفسه
وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان هذا اقرارا على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثانى يحتاج الى برهان فاذا
عجز عنه كان القول للمنكر وفى الكفالة ما اقر بالدين لانه ليس عليه فى الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد
الشهر فوضح الفرق ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيقر به الا انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة
مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان هذا اقرارا على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو
معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا اثبت بطلت
الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المص ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم فى المجلس وذكر الثانى لمن له
زيادة استبصار فى الاستقصاء على ما نذكر وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها فى الحال وفى المستقبل والثانى موجود
فيما نحن فيه فلا مناقضة وقوله ولان الاجل فى الديون عارض هو الفرق الثانى ومبناه على ان ما لا يثبت الا بشرط كان
من عوارضه وما يثبت له بدونه كان من اثباته وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا
والاجل فى الديون بهذه المثابة لان ثمن المبياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط وفى الكفالة
ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالناطق
المنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى ما يصل فى الفقه من الذهن فى اظهار الماخذ واذا كان الاجل فى الديون عارضا لا
يثبت الا بشرط كان القول لمن انكره مع اليمين كما فى شرط الخيار واذا كان فى الكفالة ذاتيا كان اقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره

فكان

فكان القول قوله ووقع فى المتن والشافعى الحق الثانى بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثانى والعكس هو المشهور
من مذهبهما فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله الظاهر قال
ومن اشترى جارية وكفل رجل بالدرك ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية
لم ياخذ المشترى الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع ان يوجب
الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضى بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع فى ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن
عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضى للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل و
اذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف فى الامالى له ان ياخذ الكفيل
قبل ان يقضى على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشترى مطالبته فكذلك يجب على الكفيل فان قيل فاذا
قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشترى حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق اجاب المص بقوله بخلاف
القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشترى على البائع وكفيله ان شاء وموضعه اوائل الزيادات فى ترتيب
الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى ابو يوسف
فان محمدا اخذ ما املى ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف
ابى يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابى يوسف فى هذا الكتاب من باب
المأذون ولم يغيره محمد تبركا به ثم رتبها الزعفرانى على هذا الترتيب الذى هى عليه اليوم ومن اشترى عبدا فضمن له رجل
بالعهدة فالضمان باطل ذكر ههنا ثلث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو
صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك
وقوع استعمالها فانها يقع على الصك القديم الذى عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما ليس بمضمون على الاصيل
لا يصح الكفالة به وقد يقع على العقد لانها ماخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد يقع على حقوق العقد لانها
من ثمرات العقد وقد يقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء فى الحديث
عهدة الرقيق ثلثة ايام اى خيار الشرط فيه وكل ذلك موجب يجوز الحمل به عليه فصار مبهما يتعذر العمل به واما جواز الثانى
ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله فى ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به واما الثالث فابو ح قال هو عبارة
عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اى على كل حال وتقديره وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا
يساعده المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان
وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا تشتغل
بالشك والاحتمال ذكر ابو زيد فى شروطه ان ابا ح وابا يوسف كانا يكتبان فى الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان
خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز
قيل وعلى هذا ففى كلام المص نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن
مجازا اشهره امن معتدة وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضله هذا ما يدل عليه كلام المص وذكر الصدر الشهيد
فى ادب القاضى للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابى ح وم وهو تفسير الدرك وهذا يدل على

ان الخلاف في العهدة ايضا ثابت وذكر في الفوائد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكر هنا اي في الجامع الصغير انه باطل
ولم يحك خلافا وذكر بعض مشايخنا ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانه اعتمد على
ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف والله اعلم **باب كفالة الرجلين** لما فرغ من ذكر كفالة الواحد
ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخر وضعا ليناسب الوضع الطبع **قال** اذا كان الدين على اثنين وكل
واحد منهما كفيل عن صاحبه اذا اشترى الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لا محالة فان تكفل كل واحد منهما عن صاحبه
فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل
وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف كفيلا فما ادى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا
الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لان الواجب به اقوى
لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين ومع ما بعد للدين لابتنائها
على الدين فان المطالبة بدين بدون غير متصور فلا يعارضه بل يترتب الدين عليهما وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي
الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شيء فانتفت المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها
لكون احدهما راجحا لا لانتفائه قوله ولانه دليل آخر على ذلك ووروده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو الرجوع على صاحبه
مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه
لكن ليس لصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء نائبه كادائه
بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول لو اديت اديته عني بامري فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسي كان لي ان اجعل
المؤدى عنك فان رجعت علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك المال الذي اديته عني فهو ادائي في التقدير
ولو اديته حقيقة رجعت عليك ففي تقدير ادائي كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع
فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه حتى صاحبه الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك
لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع **واذا كفل رجلان عن رجل بمال على**
ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الاصيل
وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل واخرى على الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل لان
موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فيصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بالالتزام
على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى او كثيرا لان ما
اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف راجحة بعد
صورة المعارضة بينها وبين الكفالة واذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضية الاستواء قد
حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم
الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما
قال في الصحيح ليبنى الفروع المبنية على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه ولو
لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما وقال وان شاء يعني من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه

كفل عنه

كفل عنه بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل **قال** واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ
الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا من قوله ان
يكون الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا يأخذه به وهو ظ **قال** واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا
ايهما شاؤا بجميع الدين اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلاصحابه ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع ذلك فان ادى احدهما
شيئا لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانهما ينعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة
وكان للغرماء ان يطالبوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا يبطل بالافتراق
فاذا طلبوا احدهما واخذوا الدين منه ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين
قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل واحد منهما
كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما
على انفراده باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما
بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من انها تقتضي دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان ان يجعل كل
واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا باداء الالف اي باداء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت
الالف فانت حر وهذا وان يجعل كل واحد منهما كفيلا بالالف عن صاحبه كما سنذكره في الكتاب في هذا انما يستقيم اذا كانت
الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا اختلفت الكتابتان فان علق كل واحد منهما عتقهما بمال على حدة فقد تصحيحها بهذا
الطريق واذا عرف ذلك استواؤهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد
منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل
او لم يرجع بشيء انتفى المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفته ملكه وبرئ المعتق عن

النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف وبقي النصف على الآخر لان المال في
الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا مقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضرورة لا
يتعدى غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وعورض بانه اذا كان
مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان
الرجوع بنصف ما ادى انما للتحرز عن تفرق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ باداءه
عن نصيبه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما ان يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان
في التخصيص اضرار للمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر فللمولى ان يأخذ به ايهما
شاء اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة فبل اخذ المعتق بالكفالة فصحيح الكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجيب
بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والثابت بعض ذلك فيبقى على تلك الصفقة لان البقاء يكون على وفق الثبوت
فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عن نفسه
باب كفالة العبد وعنه حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر لما انه الشرف واما لان الاصل في بني آدم هو
الحرية ووضع ثبوته يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه **قال** ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه

قوله لا يجب عليه صفة لمالاً وجواب المسئلة قوله مؤجلاً حال وعدل عن عبارة محمد رح في الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب
عن ابي ح في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالاً ولا غيره الى عبارة الكتاب
لان عبارة محمد يحتاج الى التأويل فان العبد اذا استهلك المال عياناً يؤخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك
وكذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالاً فاستهلكه فانه لا يؤاخذ به في الحال بل بعد الاعتاق
عند ابي ح وم واما عبارته في الكتاب هو قوله ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فلا يحتاج الى
شيء لتناولها ما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطى امرأة بشبهة بغير اذن
المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه لا يؤاخذ بذلك كله في الحال انما صحت الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل
مقدار التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة الملي والمفلس واما كونها حالاً فلان المال على العبد المكفول
عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض
بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كالكفالة عن غائب تصح و
يؤخذ به الكفيل حالاً وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتنديد اللام فانها تصح ويؤخذ الكفيل
في الحال وان كان في حق الاصيل متأخراً الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة
دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضاً الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر يعني ان الدين ثمه
تأخر عن الاصيل بمؤخر اي امر موجب للتأخير وهو التأجيل لا لمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً وقد التزم الكفيل ذلك
فلزمه مؤجلاً ثم اذا ادى الكفيل رجع على العبد بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالاً لان الكفالة
بالنفس لا يتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حراً او عبداً فان يموت يبرأ الكفيل لبرءة الاصيل كما لو كان حراً وذكره هذه
تمهيداً للتي بعدها ولبيان الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد
كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه تخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل
وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق الكفيل بخلاف
الاول اي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله وانما قيد
باقامة البينة احترازاً عما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه
ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره او اذا كفل
العبد عن مولاه بامره فالحال لا يخلو اما ان يكون عليه دين مستغرق او لا فان كان الاول لم تصح كفالته لحق الغرماء وان كان
باذن المولى وان كان الثاني صحت اذا كانت بامره لان ماليته لمولاه فله ان يجعلها بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا كفل
المولى عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس والمال مديوناً كان العبد او غير مديون فاذا صحت الكفالة وادى العبد ما كفل
بعد عتقه او ادى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب للرجوع وهو
الكفالة بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب
على مولاه ديناً اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد
لا ينقلب موجبة ابداً كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشيء لذلك ونوقض

باب الرهن

بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هنالك لا يستوجب
ديناً على مولاه واجيب بانه مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيما ذكرت الحر يستوجب ديناً
لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا يجوز الكفالة عن المكاتب
بمال الكتابة تكفل به حر او عبد وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضاً غير
بدل الكتابة اما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان
القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى
فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر اي ثابتاً من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة
لاقتضائها ديناً مستقراً لانها التوثق المطالبة واذا كانت غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة
فائدة بل قد يكون ضرراً وتعباً قوله ولانه دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين
ما لا يسقط الا بالاداء او الابراء وقوله ولا يمكن اثباته دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة و
تقريره ان الكفالة بيان صحت فلا يخ اما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز الكفيل
نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقاً ولا سبيل الى كل واحد منهما اما الاول فلان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقاً
لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب
بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم ونفياً للزيادة على الملتزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلاً كان على الكفيل كذلك في
الكفالة المطلقة ولو كان جيداً او زيفاً على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو الزمناه مطلقاً لزم
الزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوط بدلها
لابتنائه عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً وبدل السعاية كمال الكتابة في عدم جواز الكفالة به للمولى على قول ابي ح
لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع المنافي لان احكام المستسعى احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين ونصف
الحدود وغيرها وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقراً لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون

كتاب الحوالة الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاماً لما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل
منهما للآخر اذا اشترط موجب احدهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تعقب
الكفالة فكذا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى النقل والزوال وفي اصطلاح الفقهاء
تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به واما شرطها فسنذكره في اثناء الكلام وكذا احكامها وانواعها
قال وهي جائزة بالديون الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان اما الجواز فدل عليه النقل والعقل اما الاول فما روى ابو
داود في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلعم قال مطل الغني ظلم واذا
اتبع احدكم على ملي فليتبع وقال الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث باسناده الى ابي هريرة حديث ابي هريرة حديث
صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل امر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مأموراً به من الشارع فدل
على جوازها واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظ وذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها بالديون فلانها
تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتعريف الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محل شرعي

وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتراضي اما العين اذا كان في محل محسوس فلا يمكن ان يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال وتصح برضى المحيل والمحال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحال لان الدين حقه وهو الذي ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم واما رضى المحال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك واحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا انه الزام الدين ولا لزوم بلا التزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون التزام لان الحكم اظهار للالتزام لا الزام واما رضى المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يكون ذلك بان ذوي المروات قد يانفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا يكون فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كان بامره وقيل لعل موضع ما ذكر في القدوري ان يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانه ح يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا يصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحال عليه والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه الائمة الثلثة بناء على ان ايفاء الحق فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قصر عليه بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية الزيادات ليس على ما ينبغي قال واذا تمت الحوالة بريء المحيل من الدين بالقبول اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضى من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى انها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا ومنهم من ذهب الى انها توجب براءتها عن المطالبة ومنشأ ذلك ذكر محمد احكاما تدل على القولين فمما يدل على الاول ما قال ان المحال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد الحوالة لا يصح هبته وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرا المحال عليه او وهب الدين منه صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه ومما يدل على الثاني ان المحال اذا ابرا المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرا المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان الابراء ح يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا نقد مال المحال يجبر المحال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب المال على قبوله قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله وقيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد والفائدة تظهر في الراهن اذا احال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف يسترده كما لو ابراه عن الدين وعند محمد لا يسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفيما اذا ابرا الطالب المحيل بعد الحوالة عند ابي يوسف لا يصح ابراؤه بالحوالة وعند محمد يصح لبقاء الدين في ذمته اذ المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ما ذكر في المبسوط دليل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض

ذكرها

لذكرها لان بقاء الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلى ويُنقل ذلك عن مالك الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من المشترك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس واذا حصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كاملة ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالي والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد اداء الدين ظاهر التحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء قوله والتوثق باختيار الاملى جواب لزفر وتقريره سلمنا ان كل واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملى اي الاقدر على الايفاء لبسوطة سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بموجب قوله وانما يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار اجنبيا فاذا نقد كان الواجب ان لا يجبر المحال على القبول لانه ليس بمنزلة القابض اذا ارتفعت الموانع من المحال والمنقود لكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي وباداء الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى وهو محتمل فلا يكون متبرعا قال ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله بريء المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول بريء المحيل ولم يرجع المحال بشيء الا ان يتوى حقه على ما ياتي من معنى التوى وقال الشافعي لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى والمطلق حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك لا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء ويتايد بما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رض دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فابعده بمجرد احتياله ولم يجوز الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا او مطلقا والثاني ممنوع والاول مسلم لكن لا يفيدكم لجواز ان يكون مقيدا بدلالة الحال او العرف او العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونها هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة ينفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ وقوله او ينفسخ الحوالة لفواته اي لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخ وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة ينفسخ يعاد الدين على المحيل فالمصنف جمع بين طريقي المشايخ واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان رض انه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان لا توى على مال

مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع وعورض بان المحال وقت الحوالة مخير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى
ذمة المحال عليه وبين ان يابا ها ابقاء لحقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين عليه ولا يعود الى
الآخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء وكالمولى اذا اعتق
عبد المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء والجواب ان قوله اذا
اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والآخر خلف عنه او كل منهما اصل فان كان الثاني فليس مما نحن فيه
فقياسه عليه فاسد وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع
الى الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاذا ادى الى التوى الحق الى وصف يقتضي ثبوته فاسد في
الوضع **قال** والتوى عند ابي حنيفة احد الامرين توى المال اذا تلف وهو عند ابي حنيفة يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد
المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه لا يقدر على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان
العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة
يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة
اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حياته و
هذا الاختلاف بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما فالا التوى هو العجز عن الوصول الى الحق وقد حصل
هنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه وقال العجز عن ذلك عجز اتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد
ورائح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر
في المبسوط والشافي ان القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة يقال افلس الرجل اذا
صار ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله
كذا في الطلبة **قال** واذا طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه المحيل بمثل الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال
المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق
باقراره الا انه يدعي عليه دينا وهو منكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان قيل فانها تبطل حق المحال عليه في الرجوع فان
قيل لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها قد تكون بدونه اي الحوالة قد تكون بغير الدين
على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه ولا يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل واذا طالب المحيل المحال بما احاله فقال
انما احلتك لتقبضه لي وقال المحال بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل لان قبول الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى
المحيل انه احاله لتقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه ان دعواه تلك دعوى ما هو
من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظة الحوالة تستعمل فيها مجازا لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل
فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فصدق لكنه مع يمينه لان ذلك نوع مخالفة للظاهر **قال** ومن اودع رجلا
الف درهم اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي
في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه والمطلقة وهي ان يرسلها ارسالا
لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه وفي يده او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين

ولاله

ولاله في يده ايضا على نوعين حالة ومؤجلة فالحالة هي ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على
المحال عليه كذلك لانها لتحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل والفرض انها كانت على الاصيل
حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في
الكفالة والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال
عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز
لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين الذي في يد المحال عليه وديعة وقوله لانه اقدر على القضاء دليل جوازه وذلك
لوجهين احدهما ان الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل فلا يصعب عليه الاداء فكان اقدر والثاني ان الوديعة حاصلة
معينة لا يحتاج الى كسب الدين وقد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز وكانت جائزة بالدين فلان
يكون جائزة بالعين اجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه وليس المحال شيء عليه لتقيدها بها اي لتقيد
الحوالة بالوديعة لانها التزم الاداء الا منها فيتعلق بها ويبطل بهلاكها كالزكوة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف
ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوب
وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا
فكان الفوات بهلاكه فوتا الى خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد يكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا
بيان لجوازها مقيدة بالدين كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك فاحال المديون الطالب
على مديونه بالف على ان يؤدي من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي
الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت وغصبا او بالدين ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين والدين
الذي قيدت الحوالة به بعدها لانه تعلق به حق المحال فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه مما للمحيل
عليه او بيده فتعلق به حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذها ولو دفعها المودع وغيره
الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعدما رهن العين لم يبق له حق الاخذ
من يد المرتهن لانه يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر يجري فيه حكم الحوالة حكم الرهن بعد
ما اتفقا في عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة
ومات ولم يترك شيئا سوى العين الذي له بيد المحال عليه او الدين الذي عليه فالمحال اسوة للغرماء بعد موته خلافا
لزفر وهو القياس لان دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا من هذا المال ولهذا لا يكون له ان يأخذه في
حال حياته فكذا بعد وفاته ولان المحال كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم
المحال على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا
وهو ظ ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فقد ملك المرهون
يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره ان يشاركه فيه وقوله وهذا اشارة الى قوله ان لا يملك
المحيل وتقرير ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ما له عند المحال عليه
من العين او عليه من الدين لان الضمير للشان لانه لا تعلق لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه

وفي الذخيرة سفتجة فأخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع والغاصب ان يؤدي دين المحال له من الوديعة والغصب وللمحيل ان يأخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت قال ونكره السفاتج السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلعم عن قرض جر نفعا وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم يكن فلا باس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة ايضا في الديون

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد ويجوز ان يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك ان القضاء بالحق من اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمدا صلعم قال الله تع انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم قال ولا يصح ولاية القاضي لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول واختاره على المولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي المولى من اهل الاجتهاد اما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقى اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة اوشبيهة عليها كانتا وليا شرطها وبالوجه المص بقوله يستقي استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق اهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي للقاضي ان يقبل شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم النبي عم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة او غيره مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل اذ لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل واليه اشار الامام البزدوي قوله وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي حنيفة ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا يقبل شهادته عنده وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده ولا يكون راضيا بتقليده دونها فكان التقليد

مشروطا

مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قول الفقهاء البقاء اسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطاري والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن يبتني عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو انعزال القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطاري والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان رسول الله صلعم بعث جيشا وامر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام والامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة الا يرى ان من الامراء من قد غلب جار واجازوا احكامه والصحابة تقلدوا الاعمال منه وصلوا خلفه واما مبنى القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصح لانه يخاف ان ينسب الى الخطأ فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فان الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي وسأل فقيها اخذ بقوله قوله واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي فانه علل له بقوله ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره يؤيده ما ذكره احمد بن حنبل رح في مسند علي رض قال بعثني رسول الله عم الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا رض لم يكن من اهل الاجتهاد نعم ينبغي للمقلد ان يختار الاقدر والاولى لقوله عم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين هو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل قوله وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا وحاصل ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق بين العبارتين نير وقيل وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة عن التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها اي المطالب بيسر عند ترتبها المطلوب على ما يصلح ان يكون سببا له عرفا وعادة فان من الاحكام

ما يبتني عليها نحالفا القياس كدخول الحمام وتعاطي العجين مع غير ذلك قال ولا بأس بالدخول في القضاء ولا بأس بالدخول
في القضاء لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض من بين الانبياء عليهم السلام قال الله تعالى
يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا م انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس فمن
وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رض تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية
لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا اقل من الندب كما في صلوة
الجنازة وغيرها واجيب بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان بين لا بأس قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز
ومن خاف العجز عن اداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كيلا يصير الدخول فيه شرطا
اي وسيلة الى مباشرته القبيح وهو الحيف في القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى
حطام الدنيا باخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بعقد رمعين مثل ان يقول احكم على فلان ولك علي مطالبة بكذا
فان قضيت فلك كذا وكره بعض العلماء او بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بانفسهم او خافوا عليها وفسر
الكراهة هنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا يرى ان ابا حنيفة دعي
الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا
يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب قال ارأيت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت
اقدر عليه وكاني بك قاضيا وكذا محمد دعي الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المص على ذلك بقوله م
من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة وذكر صدر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال
لان السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير السكين تؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبال
القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان
يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا
ثم دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت حنكه اذ عطس فاصابه الموسى والقى رأسه بين يديه ثم قال
المص والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل روى الحسن عن ابي حنيفة انه اذا قلد من غير مسألة لا بأس به وقال
الترك عزيمة لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد ولا يوفق له اذا كان مجتهدا ولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد
قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح
واسلم لدينه لانه يلتزم انه يقضي بحق ولا يدري ايقدر على الوفاء به اولا وفي ترك الدخول صيانة نفسه وهذا اذا كان في البلد غيره
من يصلح للقضاء فاما اذا كان هو الاهل دون غيره فح يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقوقهم واخلاء للعالم
عن الفساد في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا ان كان
السلطان بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تعالى قال
وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها من صلح للقضاء ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى انس بن مالك
من قوله م من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض
امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه واعجب فيحرم

التوفيق

بلغ مقابلة

التوفيق وينبغي ان لا يستقبل المرء بطلب ما لو نال يحرم به واذا اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله مكسور القلب بالاكراه على
لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله ثم يجوز التقليد تفريع على مسألة التقلد
يبين انه لا فرق في جواز التقلد لاهله بين ان يكون المولى عادلا او جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا
لان الصحابة رض تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رض في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر وانما قيد بقوله
في نوبته احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم وليس الامر كما قالوا بل الامة من
اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه الامامة في اصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من
الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر فانه اذا
كان لا يمكنه من القضاء لا يحصل المقصود بالتقلد فلا فائدة لتقلده بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسلم ديوان
القاضي الذي قبله من تولى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات
وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات انما اي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط ليكون
حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء والا لا يفيد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة
حجة لانها توصل اليها بالتذكير ثم البياض اي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان او قرطاسا عن موضعه اما ان يكون من بيت المال
او من مال الخصوم او من مال القاضي الاول فان كان الاول فوجب تسليم القاضي اياه ظ وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح
لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا وقوله في الصحيح
في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض اذا كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه
او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكر قوله ويبعث امينين بيان لكيفية التسليم وهو ان يبعث المولى رجلين من ثقاته وهو احوط
والواحد يكفي فيقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كيلا يشتبه على
المولى مع هذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب واما
المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان ترك مجتمعة تشتبه على المولى فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة ويتعسر عليه ذلك وهذا
السؤال اي سؤال المعزول الكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضا ذلك يختمان
على ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان قيل قوله وهذا السؤال الكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى
الى المفعول الثاني بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن احوال السجلات
وغيرها وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألانه اي يسألانه شيئا فشيئا عنها وليس بشيء لان الكلام في
الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله تعلم حسابه بابا بابا قال وينظر المولى في حال المحبوسين بان
يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتي باساميهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة
لما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار
ملزم على المقر وقد وجد وعقوبته اي حبسه ومن انكر ما يوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بالبينة لما تقدم انه صار كواحد
من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود
ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم يقم ولم يحضر خصم وادعى المحبوس ان لا

خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه اياما اذا جلس يقول المنادى ان القاضى يقول من كان يطالب فلان بن
فلان المحبوس الفلانى فليحضر فان حضر والا فمن رأى القاضى ان يطلقه فان لم يحضر له احد منهم خصم اخذ كفيلا بنفسه واطلقه
لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر امره كيلا يؤدى الى ابطال حق الغير لجواز ان يكون له خصم غائب يدعى
عليه اذا حضر والفرق لابى ح رح فى اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على ما
سيجىء ان فى مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفى ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لامر موهوم واما
ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا
على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذكر فى المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق والفرق ان المذكور يكون محتاجا اليه وان قال
لا كفيل لى او لا اعطى كفيلا فانه لم يجب على شىء فادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط بنوع
آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا وينظر المولى فى الودائع وارتفاع الوقوف لانه نصب ناظرا فى امور الناس فيعمل فى المذكور
على حسب ما تقوم به البينة او باعتراف من هو فى يده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة
الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيهما قول المعزول لانه باقرار ذى اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار
المعزول به كانه بيده فى الحال ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدا ذو
اليد بالاقرار لغير من اقر له القاضى فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له من
جهة القاضى والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشئ مما اقر به المعزول او يجحد كله
فان كان الثانى فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شئ وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضى الى وهو لفلان بن فلان
من اقر له القاضى وهو المذكور فى الكتاب اولا بتعليله واما ان يقول دفعه القاضى الى ولا ادرى لمن هو وحكمه حكم المذكور فى الكتاب
والتعليل التعليل واما ان يقول دفعه الى وهو لفلان غير من اقر له القاضى وحكمه ما تقدم لانه لما بدا بالدفع من القاضى فقد اقر
باليد له فصار كان المال فى يده لما مر ثم اقر انه لفلان وهو لا يصح واما ان يقول هو لفلان غير من اقر له القاضى ودفعه الى القاضى
وهو المذكور فى الكتاب آخرا وحكمه ان المال يسلم الى المقر له اولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضى باقراره الثانى ويسلم الى المقر له
من جهة القاضى ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وهذا لان اقراره للاول صحيح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك
دفعه الى القاضى وهو يقول لفلان آخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضى وباقراره لغير من اقر له القاضى اتلف المال على من اقر له
القاضى فكان ضامنا للمثل والقيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان ابطل
ما بعده اولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدا ذو اليد بالدفع من القاضى وبين ما بدا بالاقرار للغير لشمول
الضمان وشمول العدم ولم ار احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا فى الوجه الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد
يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار بالملك لا يد له لصدوره عن الاجنبى عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد لشخص
ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثانى عملا بحكمه واذا اقر بالملك لغيره بما فى يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد ان
يبطل الاول ولم يبطله ذلك لكونه اقرارا فى حق غيره ولكنه يسمع فى حق المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه باقراره لغيره
فى وقت سمع منه ذلك قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا فى المسجد الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا فى المسجد كيلا يشتبه مكانه
على الغرباء وبعض المقيمين وروى عن ابى ح انه قال والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق للناس قال الامام على البزدوى هذا

اذا كان

اذا كان الجامع فى وسط البلد واما اذا كان فى طرف منها يختار مسجدا فى وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب
اليها وقال الشافعى يكره الجلوس فى المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس بقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض
وهى ممنوعة عن الدخول فى المسجد وفصل مالك رح بين ما كان الحاكم فى المسجد فيتقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل
الخصومة ولم يكره الاول وكره الثانى ولنا ما روى انه عم قال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فكان رسول الله عم يفصل
الخصومة فى معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون فى المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات
فيجوز فى المسجد كالصلوة قوله ونجاسة المشرك جواب عن دليل الشافعى وتقريره نجاسة المشرك فى اعتقاده لا فى ظاهره
فانه ثبت ان النبى عم كان ينزل الوفود فى المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه شئ والحائض تخبر بحالها فيخرج
القاضى اليها او الى باب المسجد او يبعث القاضى من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة فى الدابة فان قيل يجوز ان يكون
الحائض غير مسلمة لا يعتقد حرمة الدخول فى المسجد فيخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها
ولو جلس القاضى فى داره لا بأس بذلك قال الامام فخر الاسلام اذا كان داره فى وسط البلدة كما تقدم فى المسجد فاذا جلس فيها
يأذن للناس فى الدخول فيها الا ان يحول احد حقا فى مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس فى المسجد حتى يكونا بعد من التهمة
اذ فى جلوسه وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة قال ولا يقبل هدية الا من ذى رحم محرم الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذى رحم محرم
له او ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام
والاصل فى ذلك ما روى البخارى باسناده الى عروة بن الزبير عن ابى حميد الساعدى ان رسول الله صلعم استعمل رجلا من الازد يقال
له ابن الاتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدى لى فقال عم فهلا جلست فى بيت ابيه او بيت امه فينظر
ايهدى له اولا واستعمل عم ابا هريرة فقدم بمال فقال له من اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اى عدو
الله هلا قعدت فى بيتك فينظر ايهدى اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله فى بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة
اذا كان بهذه الصفة واما القبول من ذى رحم محرم لا خصومة له فلانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفى
الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وان لا يكون وعبارة النهاية تدل على
ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبى واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فلانه ليس
باكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدى للقاضى اما ان يكون ذا
خصومة او لا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا سواء كان قريبا او مهاديا قبل القضاء او لم يكن والثانى اما ان يكون قريبا او ممن جرت
له العادة بذلك او لا والثانى كذلك لانه اكل بالقضاء فيتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد قال
الامام فخر الاسلام ان زاد على المعتاد عند ما ازداد ماله بقدر ما زاد فى المال لا بأس بقبوله ثم ان اخذ القاضى ما ليس له اخذه
ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضع فى بيت المال وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار فى السير
الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم فى بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها فى بيت المال لانه انما اهدى يضعها صح
اليه لعمله وهو فى هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم قال ولا يحضر القاضى دعوة الا ان يكون عامة قيل هى
ما يكون فوق العشرة وما دونه خاصة وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المص ان الدعوة
الخاصة هى ما لو علم المضيف ان القاضى لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسى واطلاق لفظ الدعوة لا يفصل

بين القريب وغيره وهو قول ابي ح وابي يوسف وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق بينهما بين الضيافة
والهدية حيث جوز الهدية من ذي الرحم المحرم ولم يجوز حضور دعوته انما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة
ولا مهاداة قبل القضاء وانما حدث بعده وما ذكروا في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم وذكر
صدر الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى
ايذاء الاخر الخصم والى التهمة **قال** ويشهد الجنازة ويعود المريض الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال
للمسلم على المسلم ستة حقوق روى ابو ايوب رض قال سمعت رسول الله صلعم يقول للمسلم على المسلم ست خصال واجبة ان ترك
شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه
ان ينصحه واذا عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه م نهى عن ذلك روي عن علي رض انه قال
نهانا رسول الله صلعم ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة والخلوة يورث التهمة **قال** واذا حضرا سوى بينهما
اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما من ولاه والاخر فقيرا او كان واليا يسوي بينهما في المجلس فيجلسان بين
يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فيفوت التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والاخر
عن يساره فكذلك لفضل اليمين وفي ان خاصم رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على
الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما كيلا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الاخر
وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله
اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة **قال** ولا يسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم القاضي احد الخصمين
سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبه ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز
عنها ولان فيه كسر لقلب الاخر فيحجبه عن طلب حقه فيتركه وفيه اجتراء من فعل به ذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه
يذهب مهابة القضاء وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب
ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوذ وهو المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من
القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس **قال** ويكره تلقين الشاهد التلقين للشاهد هو ان يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد
علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول اتشهد بكذا او كذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف
الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد
عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي
الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه ابرأ الخمسمائة واستفاد
الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وتأخر قول ابي يوسف يشير الى اختياره المص
والاشخاص هو ارسال الرجل لاحضار الخصم **فصل في الحبس** لما كان الحبس من احكام القضاء ويتعلق به احكام افرده
في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله عم حبس
رجلا بالتهمة خلا انه لم يكن في زمان النبي م وابي بكر وعمر وعثمان رض سجن وكان يحبس في المسجد او الدهليز حتى
لما كان زمن علي رض احدث السجن بناه من قصب سماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ولان القاضي نصب

لايصال

لايصال الحقوق الى مستحقيها فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الاداء والا خلا لا
جبر بالضرب فيكون بالحبس **قال** واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب حبس غريمه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق
حبس غريمه فلا يخ اما ان ثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة
فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب
المال فان ابيت وفيت حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه وان كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور المماطلة بانكاره
وروى عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له علي دينا
فاذا علمت الان لا اتوانى في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم
وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلوة مكتوبة
وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والديه وولده اذا كان ثمه من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة
بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزمه القيام بحق الوالدين وليسا في هذا القدر
من الخروج كثير بالطالب وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع ليضجر قلبه فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد
الضجر وان لم يكن له خادم اخرجه لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ولو احتاج الى الجماع
دخلت زوجته وجاريته فيطأهما حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج و
قيل الوطي ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء
الدين ويمنعون من طول المكث **قال** فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا فان امتنع الغريم عن اداء ما عليه حبسه اذا
طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأل عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وانكر المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال
بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل
دين لزمه بدلا عما حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المص على ذلك بقوله لانه اذا حصل المال
في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره
اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال او لم يكن ويخرج منه ما لم يكن بدلا
مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكر والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على
النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبسه فيما سوى ذلك يعني ضمان الغصب وارش الجنايات اذا قال اني فقير الا
لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا ببينة فيحبسه وروى الخصاف عن اصحابنا
ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الآدمي يولد ولا
مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه ويروى
ان القول له الا فيما بدله مال وهو مروي عن ابي ح وابي يوسف لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي
وما لم يكن بدلا عن مال كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم تعرف
قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلثة اقوال وفي المسئلة قولان آخران احدهما ان كل ما كان سبيله
سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم والاخر ان يحكم الزي ان كان زي الفقراء كان القول

له وان كان زيّه الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون بالزي مع
حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون زيهم دليل اليسار وقوله في النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب
النكاح ان المراة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر عليه نفقة المعسرين فالقول
قول الزوج وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان
محفوظتان تؤيدان القولين الاخيرين اما تاييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول الزوج
والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكروا والا كان القول قول المراة والشريك الساكت في دعوى
اليسار واما تاييدهما للذي كان القول لمن عليه الا فيما لا بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر بدل ضمان الاعتاق مالا
جعل القول قول من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله والتخريج على ما قال في الكتاب يعني القدوري جواب
عن المسئلتين نصرة للمذكور فيه وتقريره انه اي النفقة على تاويل الانفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا اسقط بالموت
بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو لا يسقط الا بابراء من له او بايفاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي ح لا
يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال والتزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به
يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حبوته ومماته من جهة الا بالايفاء واقدم عليه دل على
انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين
او ثلثة ثم يسال جيرانه واهل خبرته عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لاظهار ماله
ان كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة مقدرة بما ذكره ويروى غير التقدير بشهرين وثلثة اشهر وهو اختيار الطحاوى
لان ما دونه عاجل والشهر آجل قال شمس الائمة الحلواني هو ارفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابي ح اربعة اشهر الى ستة
اشهر والصحيح ان شيا من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر
في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر فيعتبر ذلك المدة التى يضجر الاخر فان وقع في رايه ان هذا الرجل يضجر بهذا
المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر سال عن حاله بعد ذلك فان سال عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج
في البينة الى لفظ الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا
ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلى سبيله وليس هذا شهادة على
النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استحلف المطلوب الطالب على انه لا يعلم
انه معدم حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد حبسه وقال شيخ الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال المديون
بعدما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة باعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي ان يعمل برايه لكن لو سال
كان احوط قول محمد قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك ويقدر القضاء به لان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل
فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التى بجنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا في
هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد
على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما يكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين
معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما

قال

قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التى راها القاضي برايه او بعد مضي المدة
التى اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او اربعة على ما تقدم خلى سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة بقوله تعالى
وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي مدة متعلقا
بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه انه لا يخليه الا بمضي المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في شرح ادب القاضي
وقالوا واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس على ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة
بان اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد بذلك شاهدان انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا
امره سرا وعلانية ففيه روايتان تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها عامة المشايخ وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد
فيه روايتان في رواية الخصاف تقبل وكان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد ابن ابي ح وفي اخرى وعليها
عامة مشايخ ما وراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما
تايدت واذا حبس ومضت مدة فقد تايدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي
القدوري خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس في الملازمة
هل للطالب ذلك ام لا وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين
فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في اول الفصل ان
الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج الى التاويل فلهذا ذكره المص وتاويله بقوله ومراده اي مراد محمد اذا اقر
عند غير القاضي او عنده مرة قبل ذلك وظهرت مماطلته وهذه الرواية تصلح ان يكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل عنه من
العكس كما تقدم في اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل قوله والحبس لا يعني ان المذكور في
الجامع الصغير من الحبس اولا ومن تابيده ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بينا المحتاج الى ذكره لها فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة
زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفعته الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه
بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص قال الله تعالى فلا تقل
لهما اف واخفض لهما جناح الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده وفي تركه سعي في هلاكه وبحوز
ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة يسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها وسائر الديون لم يسقط به
فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب
عليه دينا وكذا الدين مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب
في حق اكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في
غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط بذلك
عنه كدين الكتابة باب كتاب القاضي الى القاضي اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاء
ايضا الا ان السجل يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين والقياس يابي جواز العمل به لانه لا يكون اقوى
من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب فيه شبهة التزوير
اذ الخط يشبه الخط والخاتم بالخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رض جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء قال ويقبل

كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرئ بها اذا شهد به عنده
الشاهدان عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان شهدوا على
خصم ولا وتنكيره يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب لا بد منه لئلا يقع القضاء على
الغائب فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا
لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب
اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رأيه او خالفه لاتصال
الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص
بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها عدلها ان شاء الله تعالى قوله
وجوازه هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت لمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر
الجمع بين الشهود والخصم فكما جوزت الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة
القياس لما تقدم انه يخالف القياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله يعني قول القدوري في الحقوق يندرج تحته الدين
والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين ثم الدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما
كان بمنزلته قوله وهو يعرف اي الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلثة اشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف
لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها يعرف بالوصف
لا يحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى
النكاح من الجانبين ثم كذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيهما في ظاهر الرواية
واجيب بان الاشارة الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس لمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال
الا يرى ان الاشارة الى الدين والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى
القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة اليها
عند ابي ح ومحمد رح ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري واستحسن ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبد دون
الامة فان العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الاباق فتمس الحاجة الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت
غالبا وعنه اي عن ابي يوسف انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشرح ادب القاضي وصفته
ذلك بخاري ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى بخاري فطلب من قاضي بخارى ان يكتب بشهادة
شهوده عنده يجيب لذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو
اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين يعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب
اليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي
ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد
خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارا ويشهد شاهدان على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب
فاذا وصل الى قاضي بخارى وشهد بالكتاب وختمه امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه

فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارا
لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه
وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة
الكتاب في الجواري صفته في العبد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد امين لئلا
يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو ح ومحمد رح قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه
قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة تشتبهان فان المختلفين قد
يتفقان في الحلى والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب
مالك واحمد والشافعي في قول قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة
رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط
بالشبهات وهو مما يطلع عليه الرجال فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي
الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب في اجابة الحصن بقوله بخلاف كتاب المستأمن يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في
طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول
القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة الا يرى انه لو قضى
بالشهادة بلا تزكية صح وقوله بخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر
اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد
بكتابه ينعقد برسوله او اتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جوازها وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب
واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء
فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول
واحد من الرعايا قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابو ح ومحمد رح علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة
الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي
باطلة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بيد
الخصم وهذا قولهما وقال ابو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة
على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا شهدهم
القاضي ان هذا كتابه وخاتمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا
سهل لما ابتلي بالقضاء وانما قال آخرا لان قوله الاول مثل قول ابي ح ومحمد واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف تيسيرا
على الناس قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب
شرع في بيان المتعلقة بجانب المكتوب اليه فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة
وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جائز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل
فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان

له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال فاذا سلمه الشهود اليه اذا سلم الشهود
الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا و
ختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه بما فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه قبله
وفتحه لما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا و
عدلوا قال المص انه يفض الكتاب اي يفتحه بعد العدالة كذا ذكر الخصاف لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي
الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا
فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى انه دور فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا
فكما ادوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهوده والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل
يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الختم غير ممكن وقد استدل على ذلك بان فك
الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب ما يعمل به ما لم يظهر عدالة الشهود والكتاب فينظر لان فك الخاتم عمل الكتاب لا به
ولعل الاصح ما قال المحبوبي من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر
الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء
بجنون او اغماء او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب او بعد الوصول
قبل القراءة بطل الكتاب وقال ابو يوسف في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة
على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود
الفروع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء فانه لا يمنع القضاء ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان ناقلا
الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب
هذا النقل بسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه
ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها واستدل المص بقوله
لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض آخر في غير عمله او في غير عملهما وهذا ظ فيما اذا عزل اما في الموت او
الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى و
ذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن الاهلية اولى وكذا
لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في اداء الامانة فصار كالامناء في
الاموال وهناك قد لا يعتمد على كل احد فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن
فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره
تبعا له بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لا يصح عند
ابي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهو رخصة لقول ابي يوسف في جوازه فانه حين ابتلي
بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس ولو مات الخصم نفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ

الكتاب

الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي في قول يقبل لان
الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على
الاسقاط وفي القبول سعي على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة في اثباتهما

فصل آخر

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه
امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الراي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تقليد محل
الاجتهاد فذكر اصلا يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى
القاضي لكن قوله آخر ينافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا
آخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص
قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه اي في اول ادب القاضي ان حكم
القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وكل
من هو اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهو اهل للقضاء في غيرهما وقيل اراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية
فانه يدل على ان فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي
ان يستخلف على القضاء بعذر وبغيره الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء فصار
كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة
على شرف الفوات لتوقته بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز
اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح اول الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم
يشهدها جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض بمن افسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة
لم يشهد الخطبة واجيب بانه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة وارى ان الحاقه بالباني لتقدم
شروعه في تلك الصلوة اولى فتامل قوله ولا كذلك القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت يفوت بالتاخر عند العذر
فمن اذن بالجمعة مع علمه انه قد يعرض له عارض يمنعه من ادائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو فوض الى انه استخلف
وقضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني عند غيبة الاول فاجازه الاول جاز اذا كان من اهل القضاء كما في الوكالة فان الوكيل
اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول واجازه الاول جاز قوله لانه حضره راي الاول يصلح دليلا للمسئلتين اما
في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضره راي القاضي وقت نفوذه الاعتماد على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي
او اجازه قضاء حضره راي القاضي فيكون راضيا به واما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة قيل الاذن في الابتداء كالاجازة
في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان البقاء اسهل من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء
قضاء لم يحضره راي القاضي فكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيدا به فوكله فاذا فوض اليه يملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي ول
من شئت كان له ان يولي غيره فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول
عزله الا ان يقول له واستبدل من شئت فيملك الاول عزله وهذا بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة
ول من شئت واقتصر على ذلك كان امره بالتولية والعزل خلافه واذا اضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان امرا له بهما وكان له

فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا بالاستخلاف والعزل لا له لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف
في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة وقيل ما وجه الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي
يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء واجيب بان وان وجوب الوصاية ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب
الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل
والايصاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما واجيب بان المقلد يفعل الا يفعله الوكيل والوصي فيكون نوع
الفساد في القضاء اكثر قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا
نفذه وان لم يكن مخالفا الكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تع ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة
اي المشهورة كالحكم بحل مطلقة ثلثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة
وقد ذكرناه في التقرير على ما ينبغي او الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه ويكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا
مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخر المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ بان يكون
وهو تعليل للاستثناء فكانه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير
وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احديهما انه قيد بالفقهاء اشارة
الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة
والثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه او
مخالفا فانه اذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه اولى ورواية القدوري ساكتة عن الفائدتين جميعا والاصل في تنفيذ
القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد
الثاني كاجتهاد الاول في ان كلا منهما يحتمل الخطاء وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه درجة وهو لم
يتصل القضاء به ولقائل ان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا لاصله ويمكن ان يجاب
عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو فرعه او مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل
عند وجود ما يرفعه من اصل بلا فرع اذ الشيء المساوي للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه فيما مع شيء آخر والاول مسلم وليس
الكلام فيه ويؤيده ما روي عن عمر رض انه لما شغله اشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت رض فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رض
احد الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا امير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما يمنعك يا امير المؤمنين
الساعة فاقض لي فقال عمر لو كان هنا نص آخر لقضيت لك ولكن هنا رأي والرأي مشترك ولو قضى القاضي في المجتهد فيه
مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي ح رح وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ وهو دليل النسيان ايضا بطريق الاولى
انه ليس بخطأ بيقين لكونه مجتهدا وما هو كذلك فالحكم به نافذ لعامة المجتهدات ووجه عدمه انه زعم فساد قضائه وهو
مؤاخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رح لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده فيعمل بزعمه قال المص وعليه الفتوى قال
ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا لما ذكر ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما
لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع فاذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى
لو نفذه ثم رفع الى قاض ثالث نقض لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثالث نفذه كما مر

حال بعضهم

فان نقضه فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف
للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تع
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته ان وطئهما الاب فلو
حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة منها كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور اي جل
الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه
على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام المص هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك
كقول ابن عباس رض في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه احد وانكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه
لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رض في اشتراط حجب الام من الثلث
الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو
المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المص ولا يعمل بقول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة
العلماء قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان
بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي والمالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من المجتهد
الاول ورفع ذلك الى حاكم لم ير ذلك كان له ان ينقضه قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه كلما قضى القاضي
بتحريم في الظاهر اي فيما بيننا فهو باطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى باحلال لكن بشرط ان يكون الدعوى بسبب معين كنكاح
وبيع او طلاق او عتاق لا في الاملاك المرسلة وهو مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما
اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بينهما بالنكاح حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين
منه على قول ابي ح وهو قول ابي يوسف الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي وهو قول ابي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر
ومنها ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعتني هذه الجارية او من جهة
البائع مثل ان يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من
يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن قيمة الجارية او باقل بما يتغابن الناس فيه او لا عند بعض المشايخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح
قصدا والانشاء ههنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب
وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضرة الشهود لانها شرط
صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا بماله ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش
لانه تبرع ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع
وطؤها ومنها ما اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج بعد
انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين او لم يعلم
بذلك وقالا اذا كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطء لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك واما
الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند ابي ح آخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس
فيحدونه وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابي ح الآخر يحل وطؤها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني فاذا

دخل بها لا يحل سواء علم انه بحقيقة الحال او لم يعلم **قال** ولا يقضي القاضي على غائب القضاء على الغائب لا يجوز عندنا الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح لان الاثار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجود الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيجب على القاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قال قد علم بالشهادة بدون الانكار اذا احضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان كان عليه دين ودفعا للظلم ان اراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر مرجح للاقرار لان المدعي صادق ظاهر الموجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار بعقله ودينه ايضا وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كان شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسيأتي له جواب اخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن الشهود ويثبته او يسلم الدعوى ويدعي الاداء ويثبته او يعرف قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوائد فوله ولانه يحتمل الاقرار الخ دليل اخر على المطلوب في المضمر الثاني ويجوز ان يتنازعان ويشتبه في وجه القضاء واعمل الثاني ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار او وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع وتظهر الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في ولاية الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض فان استدل الخصم بقوله عم البينة على المدعي فانه لا يفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا او بحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب اجبناه عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغائب ولا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عم لعلي رض حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول الله عم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان الا يرى انها لم تقم البينة قوله ولو انكر ثم غاب وكذلك لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء لان الشرط قيام الانكار وقت

القضاء لان البينة انما يصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سياتي وفيه خلاف ابي يوسف فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات **قال** ومن يقوم مقامه لما ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغائب اما ان يكون بفعل فاعل ويكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون ما يدعى به على الغائب سببا لا محالة لما يدعى به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لا محالة سواء كان المدعي واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعي وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب الملك لا محالة او شيئين مختلفين كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه انهما عبدا فلان الغائب فاقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعي شيئان المال على الحاضر والعتق على الغائب المدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعي شيء واحد في الاول او كشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة وهما نظائر في الكتب المبسوطة والمص لم يتعرض الا للسببية واما ان يكون المدعي شيئا واحدا او شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيد بالسبب بقولنا لا محالة احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلانا الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلاثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وانكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة لان المدعي على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق في حق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضى بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المص ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان ما يدعى على الغائب شرطا لحقه اي لحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأة الحالف عليه ان فلانا طلق امرأته واقامت على ذلك بينة قال المص لا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ لان فيه ابطال حق الغائب لا يصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الاسلام الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه اكيد لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى على الغائب وهو الشرط موجود واخرج المص المسخر من جهة القاضي وهو من نصبه وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لان كلامه فيمن يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو اخص الروايتين فيه لمكان اختياره **قال** ويقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكرة الحق وهو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فان القاضي

لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم يكن مضمونة بالهلاك فلم يكن مضمونة وبالقرض يصير محفوظة مضمونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض اجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوماً له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذه الاب قرضاً لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء وتأخيره من حيث ان الحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكم رجلان رجلاً ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لانه بمنزلته فيما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف رحمه الله لكنهما وقعت فانهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها قال ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكماً ولا محكماً فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي ان حكمه المسلمون وان حكمه اهل الذمة جاز لانه من اهل الشهادة بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا التحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد القضاء ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما لا نفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعاً لان ما كان وجوده من شيئين لا بد لهما من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضاً فان قيل اخراج احدهما سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الا وانما التمام بعد الحكم ولا نقض فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم اذا رفع حكمه الى حاكم يوافق مذهبه امضاه لانه ان نقضه لم يحكم الا بذلك فلا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لتمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر ان يرده قال ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حدود القذف والقصاص فقد اختلف قال شمس الائمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن

صلى الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم الحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات وهذا كما ترى اشمل من تعليل المصنف وهو لذكره وقالوا اي قال المتأخرون من مشايخنا تخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو لفظ عن اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك قال شمس الائمة الحلواني مسئلة حكم الحكم نعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل ولا نفتي به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا وان حكما في دم خطأ لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رواه القاضي يقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف النص حديث حمل بن مالك فوموا قوه كما سيأتي في كتاب المعاقل ان شاء الله قوله الا اذا ثبت استثناء من قوله ردّه القاضي اي رد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله واما ارش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار او النكول او كان عمداً وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعداً وقد ثبت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها اصلاً لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه وقوله ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حاكماً عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك اذا كان على تحكيمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولاً ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل لان اهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج الى الرأي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى ولا يصدق ان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس حكومته حتى تشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى اي متفرقة من شت شتيتاً اذا فرق ذكر في آخر كتاب ادب القاضي مسائل منه كما هو داب المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكاً لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى ومنثورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس ان يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنه

بانه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وانه جدير بالتأخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل
ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو وليس لصاحب العلو ان يبني على علوه ولا ان يضع عليه جذعا لم
يكن ولا يحدث كنيفا الا برضى صاحب السفل عند ابي حنيفة وقالا يجوز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل هذا
تفسير لقول ابي حنيفة يعني ان اباح انما منع عما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان نجواز التصرف
لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصار مجمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه وقيل
ليس ذلك بتفسير له وانما الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عند الاشتباه في الضرر
فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق وانما يظهر ثمرة الخلاف اذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق يقين واليقين لا يزول
بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير هو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم
اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما يمنع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر صاحب السفل
والاطلاق فيعارض وهو الرضى دون عدم الضرر فتأمل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا قوله على انه لا يعرى عن نوع
ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه استظهارا على المنع لافادة ما قبله ذلك قال واذا كانت زائغة مستطيلة
سكة طويلة غير نافذة تتشعب عن عينها او يسارها مثلها على هذه الصورة ليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة
القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم
ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم كذا هذا الا يرى انه لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان يأخذوا بالشفعة
لان تلك السكة لهم خاصة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح
رفع لجداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم
يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك تقادم العهد ربما يدعي
الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع كلام المص ليس فيه ما يدل على ان الزائغة الاولى
غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى
يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزائغتين جميعا لان الاشارة بذلك الى المثنى والجمع صحيح
فيكون من قبيل قوله تعالى ارايتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم من اله غير الله يأتيكم به اي بذلك على احد الوجوه
وان كانت الزائغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير
نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابا في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور
في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه المثابة قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده
دار بيد رجل ادعى عليه آخر ان له فيها حقا وانكره ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الانكار وسيأتي
الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى الا يرى انه
لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعواه اجاب بان المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لان
جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما افضى اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعى اما ان
يكون مانعة صحة الدعوى اولا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لكنها لم تصح ذكره في النهاية نقلا عن الفوائد

الظهيرية

الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا
يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك
يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة
الفساد باعلام مقدار ما يدعي فلا يكون رده مفيدا قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها
له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسلم وجحده دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال
لي بينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فجحدني الهبة فاضطررت الى شرائها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام البينة
على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما من حيث ان
المدعي ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا والشراء قبلها فكانت الشهادة
مخالفة للدعوى والثاني من حيث الدعوى نفسها ان تثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لانه
يكون قائلا وهب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا
بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله
اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة
ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه
بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعد مناقضا واما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه تقرر ملك
الواهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعى شيئا باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة
واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي
بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية
رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب
ان لا يخاصمه وسعه اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به
لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو
تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم
على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز للمرأة ان جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج آخر اقامة لهما
مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ
بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل بمجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان
العقد لا ينفسخ بمجرده سئل المص في الجواب فقال بمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك
الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ
لوجود الفسخ فيهما دلالة وبه يندفع ما قال زفر انه لا يحل له وطؤها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم
يبعها او تقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة قوله ولانه دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن
منه ولما تعذر فات رضى البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستبد بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين

الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ان دلالة ثم في الكتاب في التصريح به في غيره وفي بعض نسخ جامع الصغير وقع في موقع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه يجوز به فيما لا يجوز الاستبدال فيه بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنسها كان التجويز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ما له حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع فكذا هذا اجاب المص بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة وقوله حملا لحاله على ما له حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة لم تصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وانكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني اعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت ما لي عليه او حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان على الف الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان على مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا قوله وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه اذا ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولى وكان الاعتراضين وقعا لذهول عن التوفيق في كلام المص فان كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا تقبل مفصولا واما انه هل تقبل موصولا او لا لم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير وهو لا تقبل مفصولا وتقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الآخر بقي الكلام فيما اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانها لا تقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بالمنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل

صاحب النهاية

من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب وعن المشايخ وقد اختاره المص فانه ما عزاه الى شيء من النسخ وعلله باستثناء الدينار وقد لا ينهض لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكانه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال اي رده والنبهرجة بما يرده التجار ولعله اردى من الزيف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب سه توه وهي اردى من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم قال ومن قال لآخر لك على الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان يستقل المقر باثباته اولا والاول يرتد برد المقر له مستقلا لذلك كما ان المقر يستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لآخر لك على الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان المقر اقر بما يحتمل الابطال وهو يستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله بل لي عليك الف درهم غير مفيد لانه دعوى فلا بد لها من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكر له ان يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد قلنا ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في مكانه اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والنقل كان دليل الفسخ وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب في ذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان لا كما اذا اقر بنسب عبد من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك قال ومن ادعى على آخر مالا اذا ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق فاقام المدعي البينة على ما ادعاه فاقام المدعى عليه البينة انه قضاه او على الابراء قبلت بينته وقال زفر وهو قول ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا يرى انه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك على شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لانه ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء او الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا فالوا دل على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف بمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال الا يرى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما اقام عليه اقام المدعى عليه بينة على الابراء والعفو والصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقبة جارية فانكرت واقام البينة على رقبتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف وانها ردتها اليه قبلت ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة

وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا
يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل
تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة **قال** ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته هذه
ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعى البينة على الشراء فوجد بها عيبا لم
مثله في تلك المدة كالاصبع الزائدة واراد ردها على البائع فاقام البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في
الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف اثبته عن ابي يوسف واشار اليه المص بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا
من صورة الدين فانه لو انكر اصلا ثم اقام البينة على القضاء او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق فكذلك يجوز
ههنا ان يقول بينا بيع لكنه لما ادعى على البيع سالته ان يبرأ عن العيب فابرأني وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء
وصف السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد انكره فكان مناقضا
بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر **قال** ذكر حق كتب في اسفله اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في
آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله
او كتب في كتاب شراء فما ادرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله عند ابي حنيفة وقالا
الاستثناء ينصرف الى قوله على فلان خلاصه وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والمال المقر به لازم لانه استثناء والاستثناء
ينصرف الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع يبطل ما فرض للاستيثاق فلم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في
الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر
للاستيثاق مطلقا او اذا لم يكتب في آخره ان شاء الله الثاني مسلم والكلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد
اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة ان الكل فيما نحن فيه كشئ واحد بحكم العطف فينصرف الى
الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا
من غير فرجة ببياض لتصير عبرة له للاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق
ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضا من المقر بتوكيل من توكله المقر له بالخصومة
معه على قول ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا يصح بلا ضرورة وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاط
فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه
واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن ابي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم
الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول الا على مذهب ابي حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه

فصل في القضاء بالمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تاخير هذا الفصل الى هذا الموضع **قال** واذا مات النصراني فجاءت امرأته
مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين احدهما
ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحياة المفقود والثاني ان يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون
كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته
وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات

كذلك ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيما مضى تحكيما للحال اي باستصحاب
الحال كما في جريان ماء الطاحون اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول
للآجر وهو صاحب الطاحون وان كان منقطعا كان القول للمستاجر قوله وهذا يعني تحكيم الحال او الحال ظاهر نعتبره للدفع استحقاقها
الميراث وهو صحيح وهو عند زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها الميراث بالحال بل بان
الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذلك انما هو الظاهر واستصحابا كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق
على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت
الورثة اسلمت بعد موته فالقول قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق لانها تدعي بحاجة اليه
وهو لا يصلح لذلك وبهذا القدر يتم الدليل وقوله اما الورثة فهم دافعون اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسئلة منهما اجتمع
نوعا الاستصحاب اما في الاول فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا فبالنظر الى
ما كانت فيما مضى والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا فيما مضى هو
من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول
قولهم واما في الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي بقاءها الى ما بعد الموت و
النظر الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا
والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به وقوله ويشهد لهم دليل آخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب
الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح
والاصل عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا في الاثبات وزفر يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالي وهو ان ما ذكرتم على ان الاستصحاب
لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضي بالاجر على المستاجر اذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه
استدلال به لاثبات الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستاجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر واما
ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا واعتبر هذا واستغن به عما في النهاية من التطويل **قال** ومن مات وله
في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة رجل مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فاقر المودع لرجل انه ابن الميت لا وارث
له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعها الى المقر له لانه اقر بما في يده حق الوارث وملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه
كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه
اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع لجواز
قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث متاخرة عن ذلك والجواب ان
استحقاق الوارث ثبت باقراره بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به فاذا امتنع في الوديعة حتى هلكت
هل يضمن اولا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن
فكذا من وكيله وان سلمها هل له ان يستردها قيل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل
غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار
الاول لرجل آخر بانه ايضا ابن الميت وانكره الاول وقال ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول وقت لا مزاحم له

انقطع يده عن المال في الاقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذبه
احد فصح اقراره وحين اقر للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف
ما ادى للاول واجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما اقر بغيره من اخر
له القاضي وقد تقدم في ادب القاضي واما اذا كان الدفع بقضاء كان الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار قال
اذا قسم الميراث بين الغرماء واذا احضر رجل وادعى دارا في يد اخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقر ذو اليد
او لا فان كان الثاني واقام على ذلك البينة فهو على ثلثة اوجه احدها انهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم فيه
لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضا
بالمجهول متعذر والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهذا ان
بالاتفاق والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف
له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما
بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه
لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد واقلهما
وهو الربع والثمن عند ابي يوسف وقول ابي حنيفة مضطرب فيه فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه
قال ابو حنيفة لا يؤخذ ونسب القائل به الى الظلم قيل اراد به ابن ابي ليلى وقالا له ذلك وان كان الاول يؤخذ الكفيل بالاتفاق
لكون الاقرار حجة قاصرة لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان ترك الاحتياط في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي باخذه كما اذا دفع القاضي
العبد الابق واللقطة الى رجل اثبت عنده انه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امرأة الغائب اذا استنفقت في
غيبته وله عند انسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة ان حق الحاضر
ثابت قطعا ان لم يكن له وارث اخر بيقين وظاهرا ان كان له وارث اخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل
بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر لموهوم كمن اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت
الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشتر اخر قبله وغريم
اخر في حق العبد موهوما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل قوله ولان المكفول له دليل اخر على عدم جواز اخذ
الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا
اقر ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول اجيب بانه اذا اقر به لم يثبت له فيه ملك ولم يثبت للمقر له حجة
كاملة فكان مظنة ان ثمة مالكا لا محالة واقل ذلك بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل له ونقل التمرتاشي فيه خلافا فان ثبت
فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت غير
متصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما رواه وفي ذلك تاخير لحق ثابت قطعا وظاهرا كما ذكرتم لحق
موهوم فدل على ان التاخير جائز واجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو من فعل القاضي لنفسه احتياطا في طلب
زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه
الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستانس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه افاده

ذلك في حقه وليس فيه طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة له وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهدا به من المسائل اما
مسئلة النفقة فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم
ايضا فصحت الكفالة واما الابق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان قال في رواية لا احب ان يأخذ منه كفيلا وقال في
رواية احب ان يأخذ منه كفيلا قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فلا يصح القياس وقال
العتابي ان دفع العبد باقراره الى المدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامته فيه يكفل بالاجماع قال المص لان الحق غير ثابت ولهذا
كان له ان يمنع قوله وقوله اي قول ابي حنيفة ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على
المجتهد فيه يكشف عن ابي حنيفة ان المجتهد يخطئ ويصيب وتقريره ان مذهب اصحابنا المتقدمين براء عن مذهب الاعتزال في ان كل
مجتهد مصيب وادعاؤهم ان ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابه رح وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله مستوفيا قال واذا كانت الدار
في يد رجل واقام الاخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر
في يد ذي اليد ولا يؤخذ منه كفيل وهذا اي ترك النصف الاخر في يد من هي في يده عند ابي حنيفة واما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا
فبالاجماع وقالا ان كان الذي في يده الدار جاحدا اخذ منه النصف الاخر وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خائن والخائن
لا يترك المال في يده بل يقبضه القاضي فيحفظه ان يترك المال في يد من كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا ينقض بيد من هو غير مختار
له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيد من هو في يده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به كما اذا
كان من في يده مقرا فانه انما يترك الباقي في يده لذلك قوله وجحوده جواب عما ذكراه ووجهه ان الخيانة بالجحود اما ان تكون
باعتبار ما مضى او ما سيأتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا لازمه والثاني ظاهر العدم لان الحادثة صارت معلومة للقاضي
ولمن في يده ذلك وكتب في الخريطة الظاهر انه لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشهود ونسيانهما
للحادثة واحتراق الخريطة امور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول
والمسئلة بحالها فقد قيل ينزع من يده النصف الاخر بالاتفاق والفرق بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ
وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع فيه ابلغ اما انه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل
واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لان الجاحد من في يده ربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه واذا نزعه الحاكم
ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية
الحفظ وهذا من بابه ومن المشايخ من قال المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فانه
ترك في يده كان مضمونا عليه ولو اخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظ
لان ما قيل انه لما جحد من في يده ربما يتصرف لخيانته او لزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس
وكتابته في الخريطة وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق قوله وانما لا يؤخذ الكفيل راجع الى قوله
ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من في يده الباقي قد لا يسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فينشأ
الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل هب ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي
يقطعها بحكمه لا باعطائه قلت نجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما

ولابي حنيفة ان العقار وقع للميت مقصودا والعصبة ويورثه وتنفذ وصاياه ومن وقع له العقار تعتبر من المقضي بيده كونه مختارا [illegible] ثابت فيما نحن فيه فلا ينقض بيده من هو مختار [illegible] مع احتمال كونه امانا
صح

نرضاه رافعا للشيء كان منشأ له هذا خلف قوله واذا حضر الغائب اختلف المشايخ في وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من
قال بذلك على قياس قول ابي ح في القصاص اذا اقام الحاضر البينة على انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها
ومنهم من نفاه وهو اختيار المص قال الامام فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت
مطلقا وعليه ان كان الكل دينا او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة
يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيلين بالخصومة اذا غاب احدهما كان للآخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على
احدهم دينا على الميت واقام عليه البينة يثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة يثبت في
حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب
بقوله بخلاف الاستيفاء نفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره ولقائل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه
ونائبا عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه وجوابه ان السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك
وقوله وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت وعليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه
وتقريره ما مر وقوله الا انه استثناء من قوله لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة
دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما
بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده **قال** ومن قال مالي في المساكين صدقة قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق
بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكوة كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس
مال الزكوة والقليل منه ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه
بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم يجب الزكوة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار
والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس في الاول ايضا ان يقع على
كل شيء كما قال زفر لان اسم المال عام يتناول الجميع ووجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب
مستبدا به لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف
حيث لم يوجد في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات ولانه في معنى الصلوة
لانتظار اوقات الصلوة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانهما خلافة
كالوراثة من حيث انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية قوله ولان الاظ دليل
آخر يعني ان الاظ من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة لان الحيوة مظنة الحاجة الى ما يقوم به حوائجه
الاصلية فيختص النذر بمال الصدقة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن المال فتنصرف الى الكل والارض العشرية تدخل
في النذر عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها
من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة ولا تدخل عند محمد وذكر الامام التمرتاشي قول ابي ح مع محمد لانه اي الارض العشرية وكذا
لذلك لكونه سببا للمؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة واما الارض الخراجية فلا يدخل بالاجماع
لانه تمحض مؤنة لان مصرفه المقاتلة وفيهم الاغنياء ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال زكوتيا او غيره
وهو رواية ابي يوسف عن ابي ح ذكرها في الامالي لان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص

ومملك

وملك المتعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال واذا كان اعم ينصرف الى غير اموال الزكوة ايضا اظهارا لزيادة عموم فان قيل الصدقة
بالاموال مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب لرعاية اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو
مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لانه ح لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انهما
اي لفظ مالي وما املك سواء فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي لان الملتزم بالفظين
الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله على ما مر اشارة الى ما ذكره من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تع
وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظة المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظ التزام
الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته
لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه ثم
اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك ولم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل
المحترف يمسك قوته ليوم لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الدار والحوانيت والبيوت التي يوجرها الانسان يمسك لان يده
تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر
ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين
الوصية التي هي اخت الميراث **قال** ومن اوصى اليه ولم يعلم وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا
آنفا ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي وبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز
بيعه وعن ابي يوسف انه اعتبر الاول بالثاني لان وصف الانابة اي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة
قبله فكما لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لا انابة لانها مضافة الى زمان
بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فانه يصح بخلاف
الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب لان الانابة تتوقف على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي
الاول لو توقف فات لعجز الموصي فان قيل اذا قال الرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده
صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة تثبت قصدا
وهذا كما اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احديهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت
ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام فمن اعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا او على اضداد
ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام من اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك
فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي ح وقالا هو والاول
سواء لانه من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد لفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة ولابي ح انه خبر ملزم
اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى
الشهادة من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام كان في
معناها فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا
لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل

بالوكالة

للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ عدل يرسله الى وكيله قوله وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكرناه
بين ابي ح وصاحبيه في اشتراط احد شطري الشهادة فيما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انها ست مسائل ثلث منها ذكرها
محمد في المبسوط واثنتان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمص ترك منها مسئلة اما الاولى فهي التي
ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان
ثبت الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافا له وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله
كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المص ههنا والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف
فيه بعد بعتق او بيع كان اختيارا منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلى الاختلاف عنده لا يكون
اختيارا خلافا لهما والاولى من النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره اثنان او عدل بما عليه من الفرايض لزمته ويترك بجب
القضاء وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله ص م فالرسول وثانيتها
الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة
اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف
قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبد ميت لاجل اصحاب الديون وقبض
الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن لعاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي
قائم مقام الامام والامام لا يضمن كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان
البيع واقع لهم ولهذا ابيع بطلبهم ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد
صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء وان امر
القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة
فان اوصى اليه الميت فظ وان اقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد
المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حيوته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه
ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه اي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع
بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقيل
ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم
لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فصل آخر جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد
يتعلق بكتاب القضاء وهو ان يقول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول اولا قال واذا قال القاضي قد قضيت
اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو
ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم يكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان
قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي تقتضي ان لا يقبل كتابه
ايضا الا انهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه لان المتولي يتمكن من انشاء
القضاء ومن يتمكن من الانشاء عما اخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه متمكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول

يجوز الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من اولي الامر وطاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته
فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد وعلى قوله من غير استفسار وقالوا انه اذا كان القاضي
عدلا فقيها وعلى هذا يأتي الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ
والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة
الخطاء فان احسن تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو
المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب
تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما نظر بسبب جهله غير الدليل دليلا او الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا
او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء في الجهل والخيانة في الفسق قال واذا عزل القاضي فقال
لرجل لما فرغ عن بيان ما يجبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا اخبر القاضي المقضي
عليه بعد العزل بما قضى واسند الى حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه فيما قال فلا كلام فيه او يكذبه في حقيته وتصديقه
في كونه في زمن الولاية ويكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى
هذا اذا قال الرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال الآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال
المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك
في قضائه كان الظ شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظ لانه ثبت فعله في قضائه
بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء وفي هذه الصورة
لو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشيء صحيح كما
اذا كان دفعه المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان امره بالقطع
معاينا في حال القضاء وان قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعله ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا
للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك
الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت وانا مجنون اذا
كان ذلك منه معلوما بين الناس فان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع
وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت
في الماضي تحكم الحال وفي هذه الحال فعله موجب للضمان ثم هو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الاولى
فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة
نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا
بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله
في قضائه بالتصادق لا يقال الآخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب
ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة
ظاهرة والظ لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع

ردجه العط … قوله اوكل قاضي عالم عادل الى

عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الآخذ واقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سوا صدقه
الماخوذ منه المال في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه لان الآخذ اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يصدق
في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد **كتاب الشهادات** ايراد هذا الكتاب
عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة
بالحق انها مامور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا بد من حسنه ومعنى اللغة عبارة عن الاخبار بصحة
الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار
صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم
بلفظ الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من
السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك وسبب ادائها اما طلب المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق المدعي
اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام
ان كان المدعى عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس يقتضي ان لا يكون حجة لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة الذي يرجح
جانب الصدق وورد النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة **قال** الشهادة فرض يلزم الشهود اي اداء الشهادة فرض يلزم الشهود
بحيث لا يسعهم كتمانه اكد الفرض بوصفين هو اللزوم وعدم سعة الكتمان لدلالة على تاكده وشرط مطالبة المدعي تحقيقا
بسبب الاداء على ما مر واستدل بقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما
يؤول اليه هو بظاهره يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو بظاهره
يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين هو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان
فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان الكتمان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء وما لم يجب لا يثبت فكان الاظهار
الاداء واجبا قال في النهاية النهي عن الشيء لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان فهو امر به كالنهي عن الكتمان
على الارحام فانه امر بضده وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في اصول الفقه وانما يشترط طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه
كسائر الحقوق ونوقض بما علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه
الشهادة ولا طلب ثمه والجواب انه الحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود
فكان في معناه فالحق به لا يقال قد مر آنفا ان طلب المدعي سبب الاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المص بقوله وانما يشترط طلب
المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب
سبب ووجوده شرط فلا ينافي الفتح فان قلت لما جعله شرطا وقوله تعالى ولا ياب الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت نعم لانه
خطاب وضع دال على سببية غيره كقوله تعالى اقم الصلوة لدلوك الشمس **قال** والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر
والاظهار الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد وبين ان يتوقى عن هتك
المسلم حسبة لله والستر افضل نقلا وعقلا اما الاول فقوله عم للذي شهد عنده وهو هزال يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك
وفي رواية بردائك لكان خيرا لك وقوله عم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وما نقل من تلقين الدرء عن
النبي عم واصحابه رض فان فيها دلالة ظاهرة على افضلية الستر قيل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه

وهو لا

وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الآية محمول على المداينة لنزولها فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب
والحق ان يقال العقد المشترك فيما نقل عن النبي عم واصحابه في الستر والدرء متواتر في المعنى فجاز الزيادة به وقيل ان الخبر
الاول ورد في ماعز وحكايته مشهورة تجوز الزيادة به وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا يستلزم شهرة الخبر الوارد فيها
بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمه خوف
فوات الحق فبقي صيانة عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك قوله الا انه يجب ان يشهد استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة
بالمال ليست بداخلة في الشهادة في الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء لحق المسروق منه فيقول اخذ ولا يقول سرق محافظة على
الستر ولانه يتناول امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد والستر الكلي ابطال لهما وفيه تضييع حق العبد
فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله تعالى الغني على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة
قال الشهادة على مراتب الشهادة على مراتب رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال
لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص
في العدد والذكورة واما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اشتراطها واما اشتراط الاربعة فيه دون القتل العمد وغيره
فالظاهر منه ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا يقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من
لدن رسول الله عم والخليفتين يعني ابا بكر وعمر رض من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصها بالذكر
لما ورد في حقهما من قوله عم اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال
في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام وانما قال شبهة
البدلية لان حقيقتها انما يكون فيما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة
مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود
كحد الشرب والسرقة وحد القذف والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فانه بعمومه
يتناول المطلق غيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي
على تناوله قوله ولا يقبل فيها شهادة النساء يجوز ان يكون جوابا عما يقال في الآية هذه عقبت بقوله فان لم يكونا رجلين فرجل
وامراتان وليست شهادتهن فيها مقبولة ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن وجب فعدم قبولها لما ذكرنا
من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث من الآية ههنا التخصيص ام النسخ قلت مسلكه منها
مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو اما التخصيص ان ثبت المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله
والخليفتين يدل على تلقي الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا يجوز الزيادة به **قال** وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى
المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان او غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية اي الوصاية لا انه في تعداد غير المال ونحو
ذلك يعني العتاق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين بما تلونا وقال الشافعي لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في
الاموال وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل بان الاصل في شهادتهن عدم القبول
لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم القبول لا يقبل في الحدود
ولا يقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها

ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطراً واقل وجوداً كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ و
الولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
التى يحصل بها العلم والضبط الذى يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذى يحصل به العلم للقاضى ولهذا اى ولكون القبول
اصلاً فيها قبل اخبارها فى الاخبار ولقائل ان يقول ما ذكرتم مما يبتنى عليه اهلية الشهادة اما ان يكون علة لها او شرطاً لا
سبيل الى الاول لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة لذلك لا جمعاً ولا
فرادى والثانى كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة هيئة
شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والاسلام والبلوغ واما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هى علة لا
قبولها فانا لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا وفات احد الامور المذكورة المشاهدة
او الضبط او الاداء اذا ادى بغير لفظ الشهادة لم تقبل شهادته اذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول
وعلى هذا يتقرر فى كلام المص مضاف اى اهلية قبول الشهادة قوله ونقصان الضبط جواب عن قول الشافعى واختلال
الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك بعد التسليم انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة البدلية فلا يقبل فيما يندرئ
بالشبهات ويقبل فيما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها اما النكاح والطلاق فظ لثبوتهما
مع الهزل واما الوكالة والايصاء والاموال فانه يجرى فيها كتاب القاضى الى القاضى والشهادة على الشهادة وذلك امارة
ثبوتها مع الشبهة فكذلك يثبت بشهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل لنقصان الفعل والاعز
قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع
مراتب الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولانى وهو حاصل لجميع افراد الانسان فى مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل
البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات فيتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة
ان يحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل بالفعل والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة
ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالهن فى تحصيل البديهيات
باستعمال الحواس فى الجزئيات وبالتنبيه ان شئت فانه لو كان فى ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى الاركان
وليس كذلك وقوله عم ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب
عن الثانى ايضا فتامل قوله وعدم قبول الاربع جواب عن قوله ولا يقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضى قبول ذلك
ايضا لكنه ترك لذلك كيلا يكثر خروجهن **قال** وتقبل فى الولادة والبكارة اخص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة
والبكارة والعيوب بالنساء فى موضع لا يطلع عليه الرجال لا يقبل فى غيرها فهو قصر افراد قصر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم
صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه
الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف الى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف فى موضعه وهو
حجة على الشافعى فى اشتراط الاربع بناء على ان كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد فى الشهادات قوله ولانه دليل معقول الخ و
وجهه ان الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فى اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا ان المثنى
والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان فى هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفته

نظرها لما كان نظر الاثنين والثلث احوط من نظر الواحدة والجواب ان يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى
الالزام يقتضى وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطاً ثم حكمها اى حكم شهادة امرأة واحدة فى الولادة شرحناه
فى الطلاق يعنى فى باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة اشهر فصاعداً فجحد الزوج الولادة
يثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابى ح
وقالا تطلق وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابى ح يعنى يثبت الولادة بقول المرأة وعندهما يشترط
شهادة القابلة واما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة او مبيعة لا بد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما
فاذا نظرن اليها وشهدن فاما ان تأيد شهادتهن بمؤيد او لا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثانى لا بد ان
يضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهيرة يؤجل فى العنين سنة ويفرق بعدها لان شهادتهن تأيدت بالاصل
وهو البكارة وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك وتقتضى البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف
البائع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم يتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمها بحكم
البيع وهى بكر وقبله بالله لقد باعها وهى بكر فان حلف لزم المشترى وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة فيما لا يطلع
عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن يعنى فى حق سماع الدعوى والتحليف
فان المشترى اذا ادعى عيباً فى المبيع لا بد له من اثبات قيامه فى الحال فيثبت له ولاية التحليف ولولا ذلك لكان القول للبائع تمسكه
بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب فى الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على انه لم يكن هذا ذلك العيب فى الوقت الذى كانت فى
يده واما شهادتهن على استهلال الصبى ففى حق الارث عند ابى ح غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبى عند الولادة وهو
مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة لكنها فى حق الصلوة مقبولة لانه من امور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتها
على هلال رمضان وعندهما فى حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن
على نفس الولادة والجواب ان المعتبر فى ذلك امكان الاطلاع ولا شك فى ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال
الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء **قال** ولا بد فى ذلك من العدالة لا بد فى المال وغيره مع ما ذكرنا
من شروط الشهادة العدالة وهى كون حسنات الرجل اكثر من سيأته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار
على الصغائر ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته فى تلك الحادثة فى ذلك
الوقت اما اشتراط العدالة فلقوله تع ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضياً ولقوله تع واشهدوا ذوى
عدل منكم ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هى المعينة للصدق فهى علة الحجة وما سواها معدات لان من
يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابى يوسف ان الفاسق اذا كان وجيهاً اى ذا قدر وشرف فى الناس
ذا مروة اى انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان يقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته و
الاول يعنى عدم قبول شهادة الفاسق مطلقاً وجيهاً ذا مروة كان او لا اصح لان قبولها اكرام للفاسق ونحن امرنا بخلاف
ذلك قال النبى عم اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروة له لكن القاضى لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا
واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة قال الله تع واقيموا الشهادة لله واشهدوا
اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين قال عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان فى لفظة الشهادة زيادة توكيد لدلالتها

على المشاهدة ولان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المقصود بخلاف لفظ اكبر
في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديل ما هو صريح به وقوله في ذلك يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك اي في
جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم ان
فيه معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون
فيها لفظة الشهادة فاذا اقام المدعي الشهود فلا يخلو اما ان يطعن الخصم ولا فان كان الثاني قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر
العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروي
مثل ذلك عن عمر رض ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق و
ههنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما اشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر
لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظاهر لما ان الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول
وهلم جرا ويدور او يتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك ان دعوى المدعي وانكار
الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا وقوله الا في
الحدود والقصاص استثناء من قوله ولا يسأل حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال
لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على ما يسقط به ذلك وان كان الاول اي سأل
عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم اذ طعن فيهم فان الظاهر ان المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم
لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي الى الترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رح لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق
لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفي السؤال صون القضاء عن البطلان
على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة اجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدول
وهما اجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك ابو حنيفة رح لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا
الزمان **قال** ثم التزكية في السر اعلم ان التزكية على نوعين تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى ان يبعث الحاكم
المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها سرا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل ويكتب
فيها النسب والحلى بكسر الحاء وضمها جمع حلية الانسان صفته وما يرى منه من لون وغيره والمصلى اي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل
وينبغي ان يبعث الى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكون
طماعا ولا فقيرا ليتهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت
اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك او يقول الله يعلم الا اذا عدل غيره و
خاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فح يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة او فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها
المعدل الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع او يقصد الخداع والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد
فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت
التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رض لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح
بالاذى ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالاذى يروى عن محمد انه قال تزكية العلانية

بلاء وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل ان يقول هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
ثابتة بالدار قال المصنف هذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن
اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته قال ابو حنيفة رح على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال اذا
سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا ويقبل اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة لانه اعترف
بالحق وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا اذا كان عدلا
يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا او سكت عن جواب المدعي لم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل
لان العدالة شرط في المزكي عند الكل ووجه ظاهر الرواية ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره
فلا يصلح معدلا لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان ينبغي ان لا
العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب ان المصنف قال موضوع المسألة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا
ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد في الغير للتهمة و
الجواب انه لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطاء والنسيان فانى يكون اقرارا **قال** واذا كان رسول القاضي
اذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني للمفعول واحدا جاز والاثنان افضل عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال م
لا يجوز الا اثنان ذكر في شرح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول
وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة
لان ولاية القضاء مبنية على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القضاء مبنية على ظهور التزكية واذا كانت في معناها
يشترط فيها ما شرط فيها من العدد وغيره كما شرط العدالة وتشترط الذكورة في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما
انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء فلا يشترط فيه ما اشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط
العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لا يقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما
يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت العدد المشروط لا العلم ولا العمل
لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا نتعداها الى التزكية فان قيل فليلحق بها بالدلالة وموافقة القياس السنة
بشرط فيها فالجواب انما الحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا **قال** ولا يشترط
اهلية القضاء ● تزكية السر لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما تزكية
العلانية فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم
اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير
المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في احدهما دون الآخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة
شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية **فصل**
لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين احدهما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج
الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار
وحكم الحاكم او راى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه

وهو لحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب كما في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما
يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعة للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة
الى شدة احتياج الاداء اليه قال ويقول اشهد انه باع اذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد
اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع الاقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر لا يجوز ان يشهد ولو
فسر للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يقبل لان النغمة وهو الكلام الخفي تشبه النغمة والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى
المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم
جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بانها فلانة بنت فلان فانه جاز
له ان يشهد وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم
في هذه الصورة قال ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة
فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده على شهادته
لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل والاول اشارة الى
مذهب محمد فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل والثاني اشارة الى مذهب ابي ح وابي س فانهما لم يجعلاه بطريق
التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام اما على قول ابي ح وابي س فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعيان
ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فتبين ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم
يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا ان النقل لا بد منه لكن توقفه على التحميل محتاج الى بيان فلو كان
فيه ان نقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد تم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد
يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه الشاهد
اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على
قول ابي ح بناء على انه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع
الى وقت الاداء وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي
شهادة شهود شهدوا عنده فاشية في قمطره اي خريطته وجاء المشهود بطلب الحكم ولم يحفظ الحاكم او قضية اي وجد حكمه مكتوبا
في خريطة كذلك فان ابا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن ان يحفظ كل حادثة
ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره تحت
ختمه فالظاهر انه لم يصل اليه يد غيره والقاضي مأمور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف
اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق
وقيل لا يحل عند ابي ح خلافا لهما قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم ان العلم شرط اداء الشهادة فلا
يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا
اخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معنا

في اول

في اول الكتاب وذلك بالعلم اي المشاهدة وكانه من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة تكون
بسبب من اسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة ووجه الاستحسان
ان هذه الامور الخمسة لو لم يقبل فيها الشهادة بالسماع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص بمعاينة اسبابها
خواص من الناس لا يطلع عليها الا هم وقد يتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت
الملك في قضاء القاضي وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول فلو لم يقبل فيها بالسماع وادى الى ذلك وهو
باطل بخلاف البيع لانه مما يسمعه كل احد فان قيل هذا الاستحسان يخالف الكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه اجاب
بقوله وانما يجوز للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار
من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد فيمن يثق شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم
وهذا على قول ابي س وم رح واما على قول ابي ح رح فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر
اذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين بشرط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها
لفظ الخبر وقيل يكتفي في الموت باخبار واحد او واحدة فرقوا جميعا بين الموت والاشياء الثلاثة اي النكاح والولادة وتقليد
الامام لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا يفعل الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون بين الجماعة
في الغالب وكذلك تقليد الامام القضاء واما الموت فانه قلما يشاهده غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون
في اشتراط العدد نفس الحرج بخلاف النسب والنكاح قوله وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بيان لكيفية الاداء وينبغي ان يطلق
ذلك فيقول في النسب اشهد ان فلانا ابن فلان كما نشهد ان ابا بكر وعمر رض ابنا ابي قحافة والخطاب ولم نشاهد شيئا من
ذلك فاما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالسماع لم يقبل كما ان معاينة اليد في الاملاك يطلق الشهادة واذا فسر بانه انما يشهد
لانه رآه في يده لا يقبل كذلك هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضيا
وان لم يعاين تقليد الامام اياه واذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل منهما الى الآخر انبساط الازواج جاز له ان
يشهد بانها امرأته فان سأله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا يقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد بالسماع كما نشهد بان امهات
المؤمنين ازواج النبي عم فعلى الرؤية اولى وقيل لا يقبل الا ما قال لم نعاين العقد بين للقاضي انه سمع بالسماع ولو قال
اشهد لاني سمعت لا يقبل فكذا هذا ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله
لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه ولو قال لا نشهدان فلانا مات اخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو
الاصح واما الشهادة على الدخول بالشهرة والسماع فقد ذكر الخصاف انه يجوز لانه امر يتعلق به احكام مشهورة كما ذكرنا
ففي عدم قبولها حرج وتعطيل وقوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب بيان ان الشهادة بالسماع هل هي محصورة فيما ذكر في
الكتاب ام لا ففي ظاهر الرواية محصورة وعن ابي س آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب قال النبي عم الولاء لحمة كلحمة
النسب والشهادة على النسب بالسماع جائزة كما مر فكذا على الولاء الا يرى انا نشهد ان قنبر مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رض
وان لم ندرك ذلك وعن محمد انها تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار والجواب عن قول ابي س ان الولاء ينبني على
ازالة الملك اليمين لا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بالكلام يسمعه الناس ليس كالولاء فلا حاجة فيه الى فائدة السماع
في مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي الشهادة على العتق بالسماع لا تقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشايخ الى

انما لا تحل فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا انه وقف على هذا المسجد او المقبرة او
ما اشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة **قال** ومن كان في يده شيء • رجل رأى عينا في يد
رجل ثم رآها في يد غيره والاول يدعي الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك
اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان اذا عاين المبيع او غيره من الاسباب لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع
وملك البائع لا يعلم الا باليد واقصى ما يستدل به كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع
فانها اذا لم يحكم باليد انسد بابها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة العلم بالنص
وعند عوز ذلك يصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل ان يكون هذا اي ما ذكر من شهادة القلب تفسيرا لاطلاق
محمد في الرواية وهو قوله وسعك ان تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب قيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة لقبلها
القاضي اذا قيدها الشاهد باستفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك واجيب بانا جعلنا العيان مجوزا للشاهد ان
يقدم على الشهادة وذلك ثابت بما قلنا واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يلزمه ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار
يتصرف فيها تصرف الملاك بيعا او اجارة واراد ذو اليد ان يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري
ان تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض
مشايخنا وهو الخصاف لان اليد متنوعة الى امانة وملك واليد فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها والجواب
ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم ثم هذه المسألة على وجوه اربعة بالقسمة العقلية
لانه اما ان عاين الملك والمالك ولم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك
بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لانه شهادة
عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف
في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم
يعرف بنسبه فالقياس ان لا يحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به
تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع
فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم الا ترى ان صاحب الملك ان كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتعرفها
بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطلة
واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو مقبول
فيه كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع فهو كالثالث لجهالة المشهود به قوله واما العبد والامة
مردود الى قوله سوى العبد والامة وتقريره ان الرجل اذا رأى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما او لا فان
كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران
عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما وان كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ
كان او بالغا فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد في ذلك لا يدل على الملك لانهما في يدي انفسهما

وذلك

وذلك بدفع يد الغير عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل اذا اقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع المقر له ما يصنع بمملوكه
واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن انفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما
واجيب بانه انما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر وانما المعتبر ذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي حنيفة انه
قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب كذا روي عن ابي يوسف ومحمد فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل الا يرى انه من
ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي انه لنفسه فالقول للذي في اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب
والفرق ما بينا وهو قوله لانهما يدا على انفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع وقدم ذلك على هذا
لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال عم لا شهادة لمتهم
ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجيته بترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح فهي قد تكون لمعنى في الشاهد
كالفسق فان من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر عنه ايضا فكان متهما بالكذب وقد تكون لمعنى في
المشهود له من قرابة بهاتهم بايثار المشهود له على المشهود عليه كالاولاد وقد تكون لخلل في اداة التمييز كالعمى المفضي الى تهمة
الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالحدود في القذف قال الله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء فاولئك
عند الله هم الكاذبون **قال** ولا تقبل شهادة الاعمى شهادة الاعمى اما ان تكون في الحدود والقصاص او لا فان
كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان يكون فيما يجري فيه التسامع كالنسب والموت والولاء فان كان
الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة وان كان الثاني فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول
قبلت عند ابي يوسف والشافعي وان انتفى احدهما لم تقبل بالاتفاق فالمعتبر عند ابي يوسف الابصار عند التحمل وعندهما
استمراره حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما عدم القبول في الحدود والقصاص فلانها تندرئ
بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى يقام مقام المعاينة والحدود لا يثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر
فهو ان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا تقبل فيما يجري فيه
ذلك كالصبي والمجنون وسيأتي جواب اخر واما وجه قول ابي يوسف والشافعي فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل
ومن حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في القول لان لسانه غير مأوف
فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع وهو عدم التعرف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على
الميت اذا شهدا على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر انسبته والجواب لابي حنيفة ومحمد انا
لا نسلم ان القول يستبد بتحصيل الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة
وفيها اي في النغمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان في الشهود البصراء كثرة فيهم غنية عن شهادة الاعمى
والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضي الى القاضي فانها تقبل ولا اشارة
ثمه لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وفي قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود
غير ممكن لان المدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه وغيبته
والى الجواب عما يقال قد اعتبر النغمة مميزة للاعمى فيما هو اعظم خطرا من الاموال وهو وطي زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما

والشروط ... الشهادة لانه ... يسمع منه الشهادة صح

ولو قبل القاضي شهادة الاعمى وحكم بها صح حكمه لانه مجتهد فيه حيث قال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير سعدي

الآباء للتهمة وذلك تناقض وتقريره ذلك ان الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولانه انتفاء
المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة ايضا الى الجواب عن الميت
فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف واما وجه الجواب عن منع القضاء بالعمى الطارئ بعد
الاداء فهو ان شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار
كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد اذا خرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي
بشهادته والاصل الكلي في ذلك ان ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان المقصود من ادائها القضاء وهذه الاشياء تمنع الاداء
بالاجماع فيمنع القضاء والعمى بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء وعند ابي يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء قوله
بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جواب عما يقال لا نم ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل القضاء
لا يمنع القضاء ولا اهلية عنده ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك
لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى ان لا يكون له ولاية متعدية ولا المحدود في
قذف وان تاب كقوله تع ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه الاستدلال ان الله تع نص على الابد وهو ما لا نهاية له والتنصيص عليه
ينافي القبول في وقت ما وان معنى قولهم المحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه يعني رد الشهادة
من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالاصل
قوله بخلاف المحدود في غير القذف جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تع واولئك هم الفاسقون والفاسق
اذا تاب يقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ووجه ذلك ان رد الشهادة اذا كان للفسق زال بزواله بالتوبة فقبلت
كالمحدود في غير القذف واما اذا لم يكن لذلك كالمحدود في القذف فانه من تمام الحد كما ذكرنا وليس للفسق اذا تاب له
التوقف بقوله تع ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا النهي عن القبول وقال الشافعي رح يقبل شهادته اذا تاب بقوله تع الا الذين
تابوا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا والجواب انه
منصرف الى ما يليه وهو قوله واولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما هو قبله لان ما قبله طلبي وهو اخباري
فان قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله وبالوالدين احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر احد المسندين في
الآخر وهو يؤكد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل سلمناه لكنه كان
اذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو تناقض سلمناه لكنه كان ابدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود
سلمناه لكن جعله مجازا ليس باولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا اولى حفظا للمحذورات وتمام الفوز على هذا
البحث يقتضي مطالعة تقريرنا في الاصول لا ان الفاسد قوله وليحد الكافر يعني اذا حد الكافر في قذف لم تجز
شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا لان الكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحد في القذف كان رد
شهادته من تتمة حده وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد في القذف ثم اعتق
لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة الا ما كان بعد العتق فجعل ردها من تمام حده وطولب بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى
دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه الى حصول الاهلية للشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى حصول
نفوذ الولاية وفرق بينهما بان الزنى لم ينعقد موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق

الاصل

الاصل فيوجب الوصف عند امكانه واعترض على كلام المص بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق
يرد الشهادة ايضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال الاسلام لم
تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا والجواب ان فائدته تطبيق المسئلتين في عروض
ما يعرض بعد الحد مع وضع الاختلاف المحوج الى الفرق واما ان الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق كما انها لا تقبل قبله فلا نزاع فيه
قال ولا شهادة الوالد لولده لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده لقوله عم لا تقبل
شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير
لمن استأجره قيل ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد فانه عم لما عد
مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده و
لان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها يوجب ان يكون الشهادة لنفسه من وجه
او ان يتمكن فيه شبهة قال المص المراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع
نفسه قيل التلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة وهو معنى قوله عم لا شهادة للقانع باهل البيت من
القنوع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وقيل المراد به الاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الوحد فيستوجب الاجر
فانه اذا كان كذلك استوجب الاجر بمنافعه واداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستأجر عليها وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو
قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذ ليس له فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع ولهذا
جاز شهادة الاستاذ له ووضع الزكوة فيه لكن الاجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس واما شهادة الاجير
المشترك فمقبولة لان منافعه غير مملوكة لاستاذه ولهذا له ان يؤجر نفسه من غيره في مدة الاجارة قال ولا تقبل شهادة احد
الزوجين للآخر ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة
اي يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا يقتص من احدهما للآخر ويحبس بدينه وكل
من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين واولاد العم وغيرهم لا يقال في قبول شهادتهما للآخر نفع للشاهد
لان كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدي بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين
اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانها تقبل وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا ولنا ما روينا من حديث عائشة رض انه عم قال
لا يجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولان الانتفاع متصل ولهذا لو وطئ
جارية امرأته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد وهو اي الانتفاع هو المقصود من الاموال فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما
في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم جواب عما ذكره الشافعي رح ووجهه ان الغريم لا
ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا يتصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة
لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر امر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان قال ولا شهادة المولى
لعبده لا تقبل شهادة المولى لما روينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه لا يخلو اما ان يكون على العبد
دين اولا فان كان الاول فهي له من وجه لان الحال موقوف مراعى بين ان يصير العبد للغرماء بسبب بيعه في دينهم وبين ان يبقى للمولى
كما كان بسبب قضاء دينه وان كان الثاني فهي له من كل وجه لان العبد وما يملك لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما قلنا من كون

الحال موقوفا من اعتى لانه ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه ولا شهادة الشريك
لشريكه فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض من ذلك واذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزية اذ
هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة قيل هذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا متفاوضين فلا
تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما فكان شاهدا لنفسه من وجه قال
وتقبل شهادة الاخ لاخيه تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لانتفاء التهمة بتباين الاملاك
ومنافعها ولا تقبل شهادة مخنث وهو المرء من عرف بالردى من الافعال اي التمكين من اللواط فاما الذي في كلامه لين وفي
اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لارتكابهما المحرم طمعا في المال والدليل على الحرمة نهي النبي عم عن الصوتين
الاحمقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا
والتغني للهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب ذكر منها الوصية للمغنين
والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المراة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن حكم الغناء ولهذا لم يقيد ههنا بقوله
للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من ادمن على
شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كانت وغيرها مثل السكر ونقيع الزبيب المنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس
فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة لا يؤمن بها على الاقدام
على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده بسطحه ليطير طيره وذلك
فسق واما اذا كان يستانس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا اخرجت من البيت فانها تاتي بحمامات غيره فتفرخ في
بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلا للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغنى عنه بقوله
ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع آلة لهو اولا وانما لم يكتف بذكره لما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا
يفيد كونه للناس حتى لو كان غناؤه في نفسه لازالة وحشته لا باس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
واختاره المص وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة واصل ما روى عن انس بن مالك انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو
يتغنى وكان من زهاد الصحابة رض ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء
على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك قال ولا من ياتي بابا من الكبائر من
شيء من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته وهذا بناء على ان الكبيرة اعم مما فيه حد او قتل وقال اهل الحجاز و
اهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله عم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين
وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان
كشف العورة حرام ولا من ياكل الربوا لانه كبيرة ومن يلعب بالنرد او الشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلثة القمار او تفويت الصلوة
بالاشتغال به او اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر والمص لم يذكر الثالثة لان الغالب فيه الاولان ولم يفرق بين
النرد والشطرنج في شرط احد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة بمجرده لقوله عم ملعون من لعب
بالنرد والملعون لا يكون عدلا ويجوز ان يكون افراد قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشار
الى ذلك بقوله لان للاجتهاد فيه مساغا قيل لان مالكا والشافعي يقول بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون آكل الربوا مشهورا به

لان الانسان قل ما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا فلو رد شهادته اذا ابتلي به لم يبق احد مقبول الشهادة
غالبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى ولا من يفعل الافعال المستحقرة
وفي نسخة المحتقرة وفي اخرى المستقبحة وفي اخرى المستخفة وفي اخرى والمستخفه كلها على اسم المفعول سوى المستخفة
بلفظ اسم الفاعل من السخيف وهو المنسوب الى السخف رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب
هذه الاخيرة كالبول والاكل على الطريق لان فيه ترك المروة فاذا كان لا يستحي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب فكان
متهما ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون منهم ابو حنيفة لظهور فسقه وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك
ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال لا اقبل شهادة من يسب اصحاب رسول الله عم واقبل شهادة من تبرأ منهم
وفرقوا بان اظهاره سفه لا يأتي به الا الاسقاط السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقده تدينا وان
كان على باطل فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية منهم والهوى ميلان النفس الى ما تستلذ به من الشهوات
وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه
والتعطيل ثم كل واحد منهم تفرق اثني عشر فرقة وقال الشافعي لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسق اذ الفسق من
حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع
من القبول ترك ما يكون دينا فصار كحنفي شرب المثلث وشافعي اكل متروك التسمية عامدا معتقدا اباحته فانه لا يصير
مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه
بالكناس لانه كان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم منهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا
على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته لذلك وقيل لكل من حلف عندهم فرد شهادتهم لانهم كافرون ان كانوا كما قيل اولا وتمكن
التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا وثالثا قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة
بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهودي مع النصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله
لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تع والذين
كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء فالعطف قرينة مرعية
به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تع والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف
في خبره لقوله تع ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد بجنسه وبخلاف جنسه ولنا ما روي ان
النبي عم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله وابو موسى ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه و
اولاده الصغار وكل من هو كذلك فهو اهل الشهادة على جنسه كالمسلمين فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه وخلاف
جنسه دون الذمي فبطل القياس فالجواب ان القياس في الذمي كذلك لكن ترك خلاف الجنس لقوله تع ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا واعترض بان الله تع قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة
الى الشهادة علينا او مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض قوله
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين او من حيث
الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن

محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيتها
قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا واجيب بان المراد به الاحبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم المتواطئون على كتمان
نعته ونبوته والشهادة لهم عندنا ومن بعدهم على ان الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على احد
محظور اذ هو محظور الاديان كلها وقوله بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد فانه لا ولاية له لا على نفسه ولا على
اولاده وهي ركن الدليل وقوله بخلاف شهادة الذمي على المسلم جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعما لو سكن
الولاية اهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهان والثاني بالاضافة الى المسلم معدومة
وكما نرى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب آخر عن هذا السؤال ولا نه يعول عليه جواب آخر وتقريره سلمنا ان علة قبول الشهادة
هو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت
ولا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي قال الكل اراد
بالحربي المستامن وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي لم يستامن على الذمي غير متصور لانها تكون في مجلس القضاء ومن
شرط القضاء والمصر ودار الاسلام لانه لا يجوز ان يدخل حربي دار الاسلام بلا استيمان فتحضر مجلس القضاء لانه
ماخوذ قهرا فيصير عبدا ولا شهادة للعبد لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستامن على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي
لكونه من اهل دارنا واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو على
حال امنه اي قوله الى الاسلام من المستامن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستامن استظهار على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لانه
من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لانه لكونه على
حال اقرب الى الاسلام فصار شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستامن وفيه نظر لان اختلاف الدارين حكما علة مستقلة
في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين مختلفين ثم دخلا دارنا مستامنين فضم ذلك اليه للعلية في بعض الصور
دون بعض تحكم والاول هو الظاهر فان قلت لما لا يجوز ان يكون علة قبول شهادة الذمي على المستامن لا جزءا الانقطاع علة الولاية
قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتامل وسنذكر الجواب عن قبول شهادة الذمي على المستامن مع اختلاف الدارين حكما على
وجه لا يلزم ذلك قال وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض المستامنون في دارنا لا يخ اما ان يكونوا من دار
واحدة او لا فان كان الاول قبلت شهادة بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لان اختلاف الدارين
يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث قوله بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة
الذمي على المستامن لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان
الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كالعكس لكن تركناه بالنص كما مر ولا نص في المستامن فيقبل شهادة الذمي عليه ولا كذلك
المستامن لانه ليس من دارنا وفيه اشارة الى اهل الذمة اذا كانا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا
فيجمعهم بخلاف المستامنين قال وان كانت الحسنات اكثر من السيئات واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد
بان يكون ممن لا يترك الفرض ويجتنب الكبائر والاصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب احواله في تعاطي الصغائر فان كان الغالب ما
هو ماذون في الشرع اغلب من اتيانه بالصغائر جازت شهادته ولا يقدح عدالته بالمام الصغائر لئلا يفضي الى تضييع حقوق
الناس وسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختن لان الختان سنة عند علمائنا وترك

السنة

السنة لا تخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ عدلا بل مسلما وابو ح لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير
بالشرع ولم يرد فيه في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته او
بعده لما روي ان الحسن والحسين رض ختنا اليوم السابع او بعد السابع لكنه شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو منزوع الخصية
لان عمر رض قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطعت منه ظلما فصار كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب
على كفرهما وكفرهما غير مانع بشهادة الابن ففسقهما اولى وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله وكان
زانيه كما في قوله تع ليس كمثله شيء قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث به سلمنا
لكن لا نسلم ان العدل يختار ذلك او يستحبه وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ولو شهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته
في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان يكون امرأة قال وشهادة العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله
قوله في الجامع الصغير انه كان يعني ابا ح يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج
وزكوة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلة الصحابة رض كانوا عمالا ولا نظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا
اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم قوله وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه
تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك ما نقله الامام
عن ابي يوسف في الفاسق لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة وقيل اراد
بالعمال الذين يعملون بايديهم ويؤاجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسألة ردا لقولهم
لان كسبهم اطيب الاكساب قال عم افضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فاني يوجب جرحا قال واذا شهد الرجلان ان اباهما
اوصى الى فلان اذا شهد رجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك او شهد غريمان لهما على الميت دين او
شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه اوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخ اما ان يكون الموت معروفا
والوصي راضيا او لم يكن فان كان الثاني لم تجز في القياس والاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان
كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها شهادة منهم بعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقوقهم او فراغ ذمته
ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها ما يوجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست
كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا رضي الموصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل في صلاحية
من نصبه واهليته وهؤلاء بشهادتهم الكفوه مؤنة التعيين لم يثبتوا بها شيئا فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة ولهي دافعة مؤنة
تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له اجاب بان الوصيين اذا اعترفا
بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما هنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف بعدم استقلالهما فكان كما تقدم بخلاف
ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له نصب الوصي اذ ذاك فكانت هي الوصية لا في الغريمين لهما عليهما دين فانها تقبل
وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت في حقهما باعترافهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكل فلانا
بقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما انكر الوكيل ذلك او ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت ثبت بحجة
والتهمة ترد ذلك قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح الجرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخ اما ان يكون بما يدخل

تحت حكم الحاكم اولا والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول هو الثاني ولذا ان نسميه مركبا فاذا شهد شهود المدعي على
الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل ان قالوا هم فسقة او زناة او اكلوا الربا فالقاضي لا يسمعها واستدل
المص بوجهين احدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ودفع الالزام وسماعها انما هو
للحكم والالزام والثاني قوله وعليه الاعتماد ان في الجرح المفرد هتك الستر وهو اظهار للفاحشة وهو حرام بالنص فكان
الشاهد فاسقا لهتك واجب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية
فيسمع منهم الجرح المفرد اجيب بان من شرط في زماننا ان يقول لا اعلم من حاله الا خيرا ويعلم القاضي بذلك شرا اذا ساله القاضي
تفاديا عن التعادي واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا الحكم لذلك واذا كان علم السماع
يفيد له الجواز ان يحكم لذلك بعلمه فقال ولا الحكم بعلمه ايضا قوله الا انه استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا
شهد شهود المدعى عليه على المدعي انه اقر ان شهوده فسقة فانها تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهروا الفاحشة
وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها او كذا اذا شهدوا بان المدعي استاجر الشهود
لم يسمعها لانه جرح مجرد وضم الاستيجار اليه ليس بمخرج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم
والخصم فيه لكونه اجنبيا عنه حتى لو اقام البينة ان المدعي استاجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة
من ماله الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على
اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال اما قلنا
بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على
جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا في الجرح المجرد قلنا كذا وهو
فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا والمعنى اذا اقام المدعى عليه البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب
خمر او سارق او قاذف او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد فلانه
يثبت الرق وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله وموضعه اصول الفقه واما قوله انه محدود في قذف فلانه يتعلق
به حكم وهو كمال الحد برد شهادته وهو حق الله وكذلك حد الشرب وحد السرقة فان قيل في هذه الشهادة
اظهار الفاحشة كما تقدم فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا دعت اليه ضرورة جاز لقوله عم اذكروا الفاجر
بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال قد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها
تندفع بان يقول للقاضي بل ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في اقامة البينة على ذلك اعتباران احدهما ان يكون لجرح الشهادة
وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علامته عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة
كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه قال ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال
فخر الاسلام اي اخطات بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب علي واتيت بما لا يجوز فاما ان يعود
ذلك وهو في مجلس القاضي او بعدما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمدار انما
ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغيير من احد الخصمين او لا فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قال في المجلس او
بعده في موضع الشبهة او غيره وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري

مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك لفظة
الشهادة انما يتصور قبل القضاء او من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط
واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في
المجلس بجميع ما شهد اولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه
فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وبما بقي او زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون باصلها
واليه مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المص ووجهه
ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المجلس
وهو عدل فاما اذا قال بعدما قام عن المجلس فلم يقبل لانه يوهم الزيادة من المدعي باطماع الشاهد بحطام الدنيا و
النقصان من المدعى عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط قوله ولان المجلس اذا اتحد دليل اخر على ذلك وفيه اشارة الى
ما مال اليه شمس الائمة فانه الحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية
في الزيادة والنقصان كما ذكرناه وعلى هذا اي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم اذا وقع الغلط في بعض الحدود فذكر
الشرقي مكان الغربي او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه قبل
البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته
تنفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه اولا من تقييد ما فيه شبهة التغرير بالمجلس

باب الاختلاف في الشهادة

تاخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض
الجهل والكذب فاخر وضعا للتناسب قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت
وان خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى متى طالبته حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته و
موافقتها الشهادة هو ان يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا
ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلثين او ادعى سرقة ثوب احمر
وشهد بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه واتلاف ما فيه
وشهد بانشقاقه عنده او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهد
انه ملك ولده او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الوفق
بين لفظيهما فليست بشرط الا يرى ان المدعي يقول ادعي على غريمي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المص على ذلك بقوله
لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقها وانعدمت فيما تخالفها اما ان تقدمها
شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ولا خصومة الا بالدعوى واما وجودها عند الموافقة وعدمها
ما بعدها من التكذيب فما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها
فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال بعدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجد
وجدت فيما توافقها وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعي و
الشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر كلام المدعي دونه والجواب عن الاول ان علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند

صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لا لأن وجود الشرط
استلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في الشهود العدالة لا سيما على قول ابي حنيفة رح ولا يشترط عدالة المدعي لصحة
دعواه فترجحنا جانب الشهود عملاً بالاصل قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح الموافقة بين شهادة
الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى
من حيث المعنى خاصة فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع
بلا خلاف ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية فهو مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول
البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه ابو حنيفة رح وجوزاه فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على
الالف اذا كان المدعي يدعي الفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتين والطلقة والطلقتين والطلقة والثلاث
لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما يتفرد به احدهما كما
اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيجيء ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد
والآخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة وان شئت بالتثنية فان
الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا
لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال
شهد احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى الفين وشهدا بالف قبلت بالاتفاق ووجوب
الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب ابي حنيفة رح عن ذلك واجيب بان اشتراطها الاتفاق بينهما
ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب
والآخر بالاقرار به لم تقبل ولقائل ان يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة
والمنكر المدعى عليه خمسمائة وشهد شاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل انه ابرأ عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك
ووفق في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق بين هذه المسئلة فيما نقلت من المبسوط ما ترى من التنافي فالحق في
الجواب لابي حنيفة رح ان يحمل ما نقل من المبسوط على ما اذا وفقا الشهادة بدعوى الابراء او الايفاء ولا يلزم ابا حنيفة رح ما اذا قال
لها زوجها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة ولا ما اذا قال لها انت طالق الفا فانه
تقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن الاقل وليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء
قال واذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول
اذا شهد احدهما بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا
ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه ونظيره اذا شهد احدهما
بطلقة والآخر بطلقة ونصف او بمائة ومائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما
حرف عطف فصار اشتباهين كالالف والالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر فاما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن
الا الالف فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لتكذيب المدعي المشهود به فلم يبق الا شاهد واحد به لا يثبت شيء فان قيل لم يكذبه
الا في البعض فبال القاضي لا يقضي به على الباقي كما قضى بالباقي في الاقرار اذا كذب المقر المقر له في بعض ما اقر به اجيب بان تكذيبه

الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار وكذا
وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف في المسئلة بحالها لا يقضي له بشيء لان التكذيب ثابت
ظاهرا فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمله لا بد منه في الاصح وعلى هذا لو قال كان
اصل حقي الفا وخمسمائة لكن استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي
اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلثة اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او سكت عن التصديق والتوفيق او
توفق وجواب الاولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها
خمسمائة اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله
انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان شهد معه آخر فان قيل شهادة من شهد بالقضاء مناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لا يكون
للمدعي على المدعى عليه الف بل خمسمائة لا غير اجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك يستلزم العين فكان الذي
الذي هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به اولا وهو الدين فلم يعد مناقضا
وعن ابي يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة لان القبض بطريق التملك لما
اوجب الضمان بطلب مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف و
الآخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي بالاقل كما قلنا في الالف والالفين الا ان محمدا خالفه ههنا لانه ذلك فيما يكون الشهادة
بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك وجوابه قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء
يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب من شهد بقضاء خمسمائة وتكذيبه تفسيق فكيف يقضي بشهادته وجوابه
سيأتي قوله وينبغي للشاهد يعني ان الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي
انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم بعمله بدعواه بغير حق وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم
فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسئلة
الجامع وبين ما ذكرت قبلها ان في مسئلة الجامع الصغير شهد احد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه
وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء وهو تفسيق له قلنا هذا اكذاب
في غير المشهود به الاول وهو القرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير الاول لا محالة ومثله ليس بمانع كما لو شهدا
عليه لشخص آخر قبل ان يشهد له فاكذبهم وحاصله ان اكذاب المدعي الشهود تفسيق له لكونه اختياريا واما اكذاب المدعى عليه فليس
آخر قبل ان يشهد له فاكذبهم بتفسيق لانه بصورة الدفع عن نفسه قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة قد ذكرنا
ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل
ان يقضي القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احديهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد اعني القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست
احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا
تنتقض بالتي مثلها قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل
بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة رح وهو الاصح
وقيل ان كانا يتشابهان قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة

السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فانها
لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه ايضا نصف الآدمي وصار كالذكورة والانوثة
في المغايرة ولابي ح ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد يكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة
او يجتمعان بان يكون بلقاء احد جانبيه اسود يبصره والآخر ابيض يشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلفا
شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال للاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال للدرء لا
للاثبات والثاني ان التوفيق واذا كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يندرئ بها والجواب عن الاول
ان ذلك كان احتيالا للاثبات ان لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة لبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا
فيقطع به اولا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وامثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا للاثبات الحد
لامكان ثبوته بدونه الا يرى انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا
نقله الى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب
الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس اعتبارا امكان التوفيق ويقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وامكانه
فيما لم يكن فيه هذا قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله
والذكورة والانوثة جواب عما استشهد به من الاختلاف فيهما بانهما لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا
يشتبه ليحتاج الى التوفيق قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف رجل ادعى على آخر انه باعه هذا العبد بالف و
بالف وخمسمائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ
المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به
يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى
السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود لترتيب الحكم عليه هو الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الحكم لادعاه وهو لا يحتاج
الى سبب معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون الثمن الفا
فزاد في الثمن وعرف به احدهما دون الآخر اجيب بان السيد الشهيد ابا القاسم صبا الى ذلك وقال تقبل الشهادة بخلاف ما
اذا شهد بجنسين كالف درهم ومائة دينار ووجه ما في الكتاب ان الشراء بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف وخمسمائة بمقابلة المبيع
بالشراء واما اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بالف وخمسمائة ولهذا ياخذ الشفيع باصل الثمن قوله ولان
المدعي يكذب احد شاهديه دليل آخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة
لا فرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان مدعيها العبد فلا خفاء في كون العقد
مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعنى اما الاول
فلانه قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك يشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل
والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد ينكر فالشهادة لا تفيد لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول
ان تقديره بدل العتق لا يثبت قبل الاداء والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى
العتق والعتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله فالشهادة لا تفيد

لتمكنه

لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لا يختار الفسخ ويخاصم لادنى البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد
اما ان المدعي اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا او الحاجة ماسة الى اثبات العقد لثبت الطلاق
والعتاق والعفو بناء عليه واذا كان الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف او قال مولى
العبد اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو
بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه تقبل على الالف اذا ادعى الفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لا تقبل
عنده خلافا لهما واذا ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه ثبت العفو والعتق و
الطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل لعدم الدعوى لانه لما لم
يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم يكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى
باقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن بالف وخمسمائة فيجب ان لا تقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه و
اجيب بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان
الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخ اما ان يكون
الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف
البدل وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي هو الآجر او المستاجر فان كان الآجر فهو دعوى الدين يقضى باقل المالين اذا
ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فصار كمن ادعى على آخر الفا وخمسمائة وشهد احدهما
بالف والآخر بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عند ابي ح كما تقدم خلافا
لهما وان كان المستاجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما
وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالآخر لا ياخذ منه ببينته سوى ذلك وفي بعض الشروح فان كان المدعي
من المستاجر فهذا دعوى العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة فيؤخذ المستاجر
باعترافه قال فاما النكاح فانه يجوز بالالف استحسانا اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة
قبلت بالالف عند ابي ح وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي ح لهما
ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع و
لابي ح ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ
والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا قوله والاصل فيه الحل والازدواج دليل آخر وتقريره ان الاصل
في النكاح الحل والازدواج والملك لانه شرع عليه لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما
عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهدين فيهما فيثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضى بالاقل لاتفاقهما
عليه واعترض عليه بان فيه تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه فيما ليس المقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في
الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم
مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف
لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المص ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما بكلمة او والصواب



كلمة الواو بدلالة يستوى وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين
واليه ذهب شمس الائمة ووجه ما في الكتاب ان المنظور اليه العقد وهو المختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود بل يثبت في
ضمن العقد فلا بد ان يدعى فيه ما هو شرط في المقصود اعنى الدين وقال ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية واما اذا
كان المدعى هو الزوج فاجماع انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف
فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعنى ما اذا كانت المراة تدعى وما اذا كان الزوج يدعى وهذا اصح لان الكلام ليس
في ان الزوج يدعى العقد او المال والمراة تدعى ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس
العقد او لا قال ابو ح لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المص دليلهما والاشارة بقوله والوجه ما ذكرناه **فصل في الشهادة على
الارث** ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا في
ان الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجر والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعى وارث الميت مات وتركها
ميراثا له او لا قال ابو ح وم رح لا بد منه خلافا لابى يوسف رح هو يقول ان ملك الوارث متجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في
الجارية الموروثة ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب
الحال مبنيا الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ح ضرورة وكذا على قيام يده لان الايدى عند
الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوى اسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع
والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فتجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد يكون اليد يد امانة ولا
ضمان فيها لتنقلب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يموت ولم يبين انها وديعة فلان لانه ترك الحفظ
وهو تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا ففي اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا
يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابى يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام
اليد عند الموت يغنى عن الجر وقد وجد لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن اقام بينة انها كانت في يد فلان مات
وهى في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدى عند الموت فصار كانه اقامها على انها كانت ملكه عند موته وان اقامها انها كانت
لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له لم يقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه ويقبل عند ابى يوسف شهادتهم بملك المورث قوله
وان قالوا للرجل حى مسئلة اتى بها استطرادا اذ هى ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر انها
له واقام بينة انها كانت في يده لم يقبل وعن ابى يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذا
هذا فصار كما لو شهدوا بان المدعى عليه اخذها من المدعى فانها تقبل ويرد الدار الى المدعى ووجه الظ وهو قولهما ان الشهادة
قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول
متعذر وقوله وهى متنوعة دليل آخر اى اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة
المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذى
اليد معاين ويد المدعى مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر كالمعاين لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله
قوله وان اقر المدعى عليه يعنى اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعى دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع
صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه بذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة

في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر
بالبيان **باب الشهادة على الشهادة** الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التاخير في الذكر و
جوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة
لا تجرى في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل
قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى تواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اعنى الشهادة على الشهادة على الشهادة
على الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اى لكن فيه شبهة البدلية لان البدلية لا يصار اليها الا عند العجز عن الاصل وهذه
كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد احد الشاهدين
وهو اصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز واجيب بان البدلية انما هى في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو
شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعى واذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا
عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء
مع الرجال وقوله او من حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية يعنى ان فيها شبهة من حيث ان فيها
زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان
الاحتراز بجنس الشهود بان يزيدوا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر اقامة بعض قام بها الباقون فلا تقبل في الحد
والقصاص قوله ويجوز شهادة شاهدين اى يجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصليين وقال الشافعى
لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فللدلالة اربع على كل اصل اثنان لان
كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما ولنا قول على
لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل
فرعان ولان نقل الشهادة معطوف على قوله ولنا قول على ومعناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا
بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان النصاب
لم يوجد لانهما بمنزلة رجل واحد قوله لا تقبل شهادة واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه
بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضى فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن
الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن على رض وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف
رواية الاخبار **قال** وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل للفرع من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع شرع في
بيان كيفية الاشهاد واداء الفرع فقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتى انى
اشهد ان فلان بن فلان اقر عندى بكذا واشهدنى على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل
على ما مر وانما قال كالنائب عنه لما مر ان الفرع ليس بنائب عن الاصل في شهادته بل في المشهود به ولا بد ان يشهد الاصل عند القاضى
لينقله مثل ما سمعه ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضى والاول اوضح لقوله لينقله الى مجلس القضاء وان
لم يقل الاصل عند التحميل اشهدنى على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد **قال** ويقول
شاهد الفرع هذا بيان كيفية اداء الفروع الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان اشهدنى على

شهادته ان فلانا اقر عندي بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته اعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهو اوسط العبارات وله اي لشهادة الفروع عند الاداء لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فانا اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات واقصر وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار ابي الليث واستاذه ابي جعفر هكذا ذكره محمد في السير الكبير ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان القضاء عنده يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يخير المشهود عليه بين تضمين الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامره واما عندهما فلانه وان لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهد انسان على نفسه ثم منعه عن الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة بنفسها ما لم تنقل ولا بد للنقل من التحميل ولقائل ان يقول كلام المص مضطرب لانه جعل المطلوب في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه فظهر بالنصب وفي ذلك يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل ذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لان الشهادة لا يكون حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للقاضي بقيام الحق بمجرد شهادة الاصل ضعيف لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة وان كان الاصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه وهو ان الشهادة مستحق على الاصيل يجب عليه اقامتها ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب ممن له الحق كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار هذا لا يشترط الامر لصحتها باعتبار فيها مضرة من حيث انها جهة في بطلان ولاية تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة في حقه فباعتبار هذا لا يشترط الامر وصار كقوله ولاية في انكاح الصغير اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن يسد الخلل واما عبارة المشايخ ففي كله ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه آخر فيفيد قال ولا يقبل شهادة الفروع قد تقدم ان تجوز الشهادة على الشهادة مساس حاجة فلا تجوز ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلوة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الاضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح له الاشهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قالوا الاول اي التقدير بثلثة ايام احسن لان العجز شرعا متحقق كما في سائر الاحكام التي عددناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان احسن والثاني ارفق وبه اخذ ابو الليث وكثير من المشايخ وروى عن ابي يوسف انها تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفرع اذا شهد على شهادة اصلين فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع

او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما يسأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع يسأل عن الاصول فان عدل الفروع الاصول ثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية وقوله غاية الامر رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر اي غاية ما يرد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم يكن له شهادة في الواقع كيف يكون له ذلك نفعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل الا ان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة نفسه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نخبرك جاز شهادتهم وينظر القاضي في حال الاصول بان يسأل المزكين غير الفروع هو عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد قاموا بما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول ولا قيل ذلك وقولهم لا نخبرك سواء وكانه اشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها قال شمس الائمة الحلواني لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهم وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة قالوا معناه في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقال الفرعان لا نعلم اهي هذه ام لا يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري بعد انكاره يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين يشهدان ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر شاهدان شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب لتتمكن الان الى القضاء لان كتاب القاضي الى القاضي كشهادة الفروع غير ما سبب فان العدد من شانهم دون الكتاب لان بيانه ووفور ولايته قام مقام العدد ولو قال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني التي لا خاصة دونها قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز لان التعريف لا بد منه ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون فلم يكون

بينهم نساء تحدث اساميهن واسامى آبائهن ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانه خاصة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند
ابى ح وقم رح خلافا لابى يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد
الادنى فى العشيرة وهو ابو الاب فصل قال ابو ح رح شاهد الزور اشهره فى السوق شاهد الزور وهو الذى اقر على نفسه
انه شهد بالزور وشهد بقتل رجل فجاء حيا يعزره وتشهيره تعزيره عند ابى ح رح قوله ولا اعزره يعنى لا اضربه وقالا
نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعى ومالك لهما ما روى عن عمر رض انه ضرب شاهد الزور ويسخم وجهه بالخاء المعجمة
من السخام وهو سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان
بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا تبليغ التعزير الى الاربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه ابو ح من التعزير بالضرب
فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع فى تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة قوله ولان هذه اى شهادة الزور
كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تع فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روى ابو بكرة
عن ابيه ان النبى ع م الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال
الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلنا لا يسكت وتعدى ضررها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيه حد مقدر
فيعزر وله اى لابى ح رح ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك فى زمن عمر وعلى رض والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يعمله عليهم وسكتوا
عنه فكان كالمروى عنهما وحل محل الاجماع ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغا
فى الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع فانه اذا اتقى الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه
وذلك بترك الضرب وحديث عمر رض محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو منهى عنه قال ع م من بلغ حدا فى غير
حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هذا تاويل شمس الائمة واول شيخ الاسلام المراد بالتسخيم التخجيل بالتفضيح والتشهير
فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تع واذا بشر احدهم بالانثى ظل وجهه مسودا وتفسير التشهير ما نقل عن شريح انه كان
يبعث الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اى مجتمعين او الى موضع يكون اكثر جمعا
للقوم ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة ان
عندهما ايضا يشهر والحبس والتعزير مقداره مفوض الى ما يراه القاضى ولم يذكر المص ان هذا الاختلاف فيمن كان تائبا او
مصرا او مجهول الحال وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر
بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذى قلنا ثم انه اذا تاب هل يقبل شهادته بعد ذلك اولا ان كان
فاسقا يقبل لان الحامل على الزور فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند المشايخ ستة اشهر وعند آخرين سنة
وقالوا والصحيح انه مفوض الى راى القاضى وان كان مستورا لا يقبل اصلا وكذا ان كان عدلا على رواية بشر عن ابى يوسف لان الحال
له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى جعفر عنه انه يقبل قالوا وعليه الفتوى قال فى الجامع
الصغير وذكر ان فائدة ذكر رواية معرفة شاهد الزور بانه الذى اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح
لانه نفى للشهادة والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذى شهد بقتل شخص وظهر حيا او غيره وكان حيا اما الذى ...
لانه لا يحتمل ان يقول كذبت وظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت وثمة يعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل
كانه قال ذلك **كتاب الرجوع عن الشهادات** تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتاخيره عن فصلها

الزور

الزور لان الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا
عن عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا فى مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور فيما شهدنا
فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على الغريم لان الحق انما يثبت بقضاء
القاضى ولا قضاء هنا لان القاضى لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف هاهنا
لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعى ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظ واما على المدعى فلان الشهادة ان كانت حقا فى
الواقع ورجعا عنها صارا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كان الثانى لم يفسخ الحكم لان الكلام الثانى ناقض الاول
والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدى الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز
ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس بعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوع الشرع ولان
الكلام الاخر فى الدلالة على الصدق كالاول وكل ما كان كذلك ساواه واحتيج فيه الى الترجيح وقد ترجح الاول باتصال
القضاء به فلا ينقض به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضى وان كان علة
للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان التسبيب منهم تعديا فيضاف الحكم اليهم كما فى حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض
وذلك ساقط العبرة فعدم الضمان اجاب بقوله التناقض لا يمنع صحة الاقرار وعد تقرير من بعد واكتفى عن ذلك
التقرير فى الفصلين بذكره فى الفصل المتقدم قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة
حاكم سواء كان هو الاول او لا لانه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا
اذا ثبت ان فسخ الشهادة يختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه
بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة
باقية فلا بد من رفعها والرجوع فى غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة فى غير مجلسه ليست بحجة كما مر والاقرار
بالضمان مترتب على ارتفاعها او ثابت فى ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة فى غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء
يجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها فى الابتداء وما يرجع الى المحل
فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح ووجود المبيع فى البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ ولان الرجوع
توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية فى مجلس الحكم فالتوبة فيها
يتقيد به واذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك بينة او عجز عنها واراد
تحليف الشاهدين لم يقبل القاضى بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع
فى غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال قبلت بينته لان السبب صحيح والضمير المستكن
فى ضمنه يجوز ان يكون للقاضى ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعى ومعناه طلب
من القاضى تضمينه والالف واللام فى قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة اى لان سبب قبول البينة
صحيح وهو دعوى الرجوع فى مجلس حكم وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح
لان الدعوى ليست مطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان فتامل وان شهد شاهدان بمال فحكم به ثم
رجعا ضمنا المال للمشهود عليه هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف

الشافعي ولما يأتي بعدها من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي لا ضمان عليهما لانهما سببا الاتلاف ولا معتبر به عند
وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا للاتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن
اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجأ الى القضاء
بشهادتهم لانه بالتأخير يفسق وليس بملجأ لان الملجأ في الحقيقة من خاف نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولانه في
ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله وتعذر استيفاؤه من المدعي ايضا
لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبيب فان قيل ما بالكم ومن الشافعي ترك اصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم
الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كالمباشر
حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة او اورث
شبهة كما سيجيء والشافعي جعله مباشرا بما ورد عن علي رض في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما
والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه ان اليدين لا يقطعان بيد واحدة وجاز ان يهدد الامام
بما لا يتحقق كما قال عمر رض ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان
الضمان انما يجب على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالا
تلاف والاتلاف يتحقق بالقبض في ذلك لا تفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين
اخذ العين والزام الدين بيان ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفي منهما عينا
بمقابلة دين وهو لا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد
بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لان ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف
مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا لا ينفذ فيه تصرف
المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكه باخذ الضمان لا ينتفي المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكه قبل
القبض ينتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال
في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي قال واذا رجع احدهما ضمن النصف
المعتبر في باب الرجوع عن الشهادات بقاء من بقي لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل
في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد
زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من بقي
نصف الحق قيل لا نم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز
ان يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب
ويصلح في البقاء بعدمه واذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعي
للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف
بالضمان ثم استحق المتلف عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلان
يمنع بطريق الاولى لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق قيل يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول

اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر
الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبين والانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا
ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما ولان القضاء
كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع
ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق
لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل و
عشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه
بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس
الحق وعلى النساء خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن يقمن
مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل وتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء و
اذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال عم في نقصان
عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كانت كذلك صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم
رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وتمامه ان لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب انه مطلق
ولم يقيد بان ذلك الابتداء او مكررا فكان الاطلاق ككلمة كل وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق
عندهم جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل بقي ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان
عليهما دون المرأة لان المرأة الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها
فلا يضمن عند الرجوع شيئا قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما
سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف
لان التضمين يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة قوله وانما يتقوم جواب عما يقال لو لم يكن المنافع متقومة
لكانت بالتملك كذلك لان الخارج هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها
متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك بانه لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا
المعنى ليس بموجود في حالة الازالة الا يرى انه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي وموضعه
اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده وكذلك ان شهدا على الزوج بتزوج امرأة بمقدار مهر
مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء
بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان قوله وهذا لان مبنى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه
لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير
عوض وهو يوجب الضمان قال وان شهد ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او
اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان قيمة العين الفين ضمنا للبائع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو
في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة

وبان البائع بالخيار ثلاثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن
لانهما اتلفا فيما الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع
في المدة بحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا
استحق المشتري بزوائده والبائع لما كان منكرا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب
حسب طاقته فلو وجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال الملك باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته
قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد ومطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على
الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكدها
كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب
سقوط جميع المهر لانه يجعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان
بالرجوع وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه الفسخ
وان شهدا انه اعتق عبده فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان
والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه منكر العتق
واجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه لا يصلح عوضا
لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك قال واذا شهدا
بقصاص ثم رجعا اذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص
منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكره اذا كان اسم فاعل او فاشبه القاضي المكره لانه
كالملجئ للشاهد بشهادتهما حتى لو لم يقض بعد الوجوب كفر اذا كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه ليس ملجأ الى القتل وقوله
بل اولى اي التسبيب ههنا اولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء والافضاء ههنا اكثر لان المكره يمنع عن القتل
ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد اولى
ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس يتعلق بما نحن فيه الا ان يكون ايماء الى ان
المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان التسبيب الى الشيء هو ما يفضي اليه
غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضي
الى القتل غالبا لان المكره يؤثر حياته ظاهرا ولقائل ان يقول ظهور ايثار حياته اما ان يكون شرعا او طبعا والاول ممنوع
لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي
بالقصاص ظاهرا ولهذا تنزل فقال المص ولان الفعل الاختياري يعني سلمنا انه تسبيب ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك
الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فيقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود
لكن لا اقل ان يورث شبهة يندرئ بها القصاص فان قيل لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله
بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن
صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشر فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد

في مقابلة

في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه وان رجع احدهما
فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بتضمين الشاهدين وبتضمين القاتل لان القاتل
متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل
باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة خلافا لهما قالا لانهما كانا عاملين للولي فيرجعان عليه
وقال ضمنا الاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره وتمام ذلك بادلته وعليه تعرف في المختلف تصنيف الفقيه
ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قال واذا رجع شهود الفرع اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في
مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول فاما ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم
غالطين ورجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا السبب الى الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم
ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني
فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ضمنوا لهما ان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد
عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الاصليين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا
كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب
الضمان على الفروع لا غير لما مر ان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين
وذلك لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر ابو حنيفة وابو يوسف وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد
والعمل بها اولى من اهمال احدهما فان قيل فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب بقوله والجهتان متغايرتان
لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة
فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتأخير دليل محمد في المسئلتين يدل على اختيار المص قول محمد وان قال
شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم
ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اذا
شهدوا بالزنا وزكوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا
من اسلامهم وحريتهم لم يتبين كونهم بما اخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تنعقد
شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة
خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود
كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال الشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمعنى علة العلة
من حيث التأثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف
اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة منعقدة
وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال واذا شهد شاهدان باليمين اذا شهدا على رجل انه قال لعبده ان دخلت
الدار فانت حر او قال لامرأته قبل الدخول بها وآخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة دون
زفر فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى المتلف دون الشرط المحض

السبب فانه اصلح لاضافة الحكم اليه لا ايصال الى الشرط كحافر البئر مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر قوله الا يرى توضيح للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين فيحكم بها وان لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ انهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال النص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة للاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي او لا بخلاف مسئلة الحفر فان العلة هناك ثقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط قوله ومعنى المسئلة يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث

كتاب الوكالة

عقب الشهادات بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاثرنا تاخيرها والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة ولم يلحقه النكير والسنة وهو ما روي انه وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة قد اجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها لفظ وكلت واشباهه روي عن ابي يوسف اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذلك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف ويلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مبناه الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة رضي الله عنهم واياها هو واعترض على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة اما الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه تقرير للنقض لا دافع وبان التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب تخلف المانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم وان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذلك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز ان يمنع مانع عن التوكل وان صح التوكيل وقد عجبا المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن عجز

اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام والحكمة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وح يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها اما بالخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما اسن عقيل وفرع فوكل عبد الله بن جعفر واما بايفائها واستيفائها فلانه جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفي بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقوله وشبهة العفو دليل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتقرير القصاص يندرئ بالشبهات وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف الشافعي يقول خالص حق العبد فيستوفي بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفي الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته ولان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضور الموكل استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص كانت داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد مضطرب قيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا اما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها في الشرط لا يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكذا بالجواب بدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع الا يرى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعقد التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما فيه من شبهة عدم الامر به قال قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا بالمرض والسفر وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي قال المصـ

بقي الكلام في الحدود والقصاص

ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده او لا عندهم يرتد خلافا لهم فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجاز القول ولا يلزم ذكر الجواز وارادة اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر للازم وارادة الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم اللزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمنا لكون فيه المجاز والجواب ان قوله لا يجوز التوكيل الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الديون وايفائها ولابي ح اما لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم لهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالص له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانما يتوقف على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ قوله بخلاف المريض بان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويرد جوابا عن التنزل بان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التاخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيتحمل الاسهل والمرض المانع عن الخصومة هو الذي يمنع عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة او الحمال فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل بتحقق الضرورة لكن لا تصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الجزئي وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كانت الخصم امراة مخدرة وهي من لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان ينطق بحجتها لحيائها فيلزم توكيلها قال المص هذا شيء استحسنه المتاخرون واما في الاصل فلا فرق عند ابي ح بين الرجل والمراة المخدرة وغيرها البكر والثيب في عدم جواز الوكالة بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر دون الثيب والرجل قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي ح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل مالك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف وقوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رأيه قوله لان الوكيل دليل اشتراط ما شرطه وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي

الظاهر انه حمل الجواز على الامكان العام المقيد بجانب العدم ولزومه للازم لا يخفى المنع سعد

ليس حـ

بل كناية كما صرح في المفتاح وفيه بحث فانهم صرحوا بان العمدة في الفرق بين المجاز والكناية هو جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها ولا تعويل على ما ذكر السكاكي كيف وقد اعترض سوابقا بان ما ذكره تكلف ارتكب للضبط واجبه سعد

ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا كلام فيه ولا ينافيه ايضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويلزمه الوكيل بحيث يلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد سواء كان الموكل يملكه او لا لعارض عرض في بعض ذلك لا لان بناها على التوسع وشرط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشراء جالب يعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشير الى ان الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتاب انه لذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد عليه ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ او المأذون البالغ مثلهما جاز فيفهم جواز توكيل من كان نوعهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من اهل العبارة فهي صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه او فعل المأذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظ واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي المأذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم تلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر ان يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يعتمد الملك للضامن في المشتري وليس هذا كذلك وانما هذا التزام لا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي المأذون لا يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن من حيث ملك المشتري من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كالمشتري لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ذلك والجواب في العبد المأذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به يجن ويفيق له خيار الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا على ان الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به قال والعقد الذي يعقد الوكلاء على ضربين العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا التصرف حقيقة وحكما اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له اهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان

ولا الكلام

عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلاً في الحقوق فيتعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر وقال محمد في المبسوط
يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد
والملك يثبت للموكل خلافة جواباً عما قال الشافعي ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه وتقريره
ان الملك يقع للموكل ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء والسبب انعقد موجباً
حكمه للوكيل وكان قائماً مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا وقال
شمس الائمة قول ابي طاهر اصح وقال المص هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر كقول الشافعي فكيف يصح جواباً عنه مع التزام قوله فانه
نقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب ان تصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن
الموكل واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته واهليته
بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المص بقوله اعتبار التوكيل
السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان
مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب قوله هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل اولاً بالسبب
جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق
عليه ولو ملك المشتري لكان في الشراء احتياط لان نفوذ العتق يقتضي ملكاً مستقراً قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم وكل عنه
فاجاز المولى صار وكيلاً لانه مهر المحرم ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل
في الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد
الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق و
ابا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا احسن قال المص في مسئلة العيب تفصيل نذكره واراد بما ذكره في باب الوكالة بالبيع
والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه
قال وكل عقد يضيفه الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن
دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير
معبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافه الى نفسه كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة المرسل
فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد رجع اليه الحقوق كما في الضرب الاول قال المص هذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن
السبب لانه يعني ان السبب في هذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظ واما فيه فلان الاصل في محل
النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل
وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره ولقائل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم
بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب انا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل
الى الموكل او يثبت له خلافة اعتبار التوكيل السابق وبقي الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبار العبارته وههنا الحكم لا ينفصل
عن العبارة لا بالتأخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما ان يبقى الحكم للوكيل او ينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل
لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله وتنبيهه للطائف

الاعتبارات

الاعتبار انه جزاه الله عن الطلبة خيراً والضرب الثاني من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال الكتابة والصلح على
الانكار فيضيفه الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح
عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بان يهب عبده لفلان
او يتصدق بماله او يقرضه او يعيره دابته او يودع متاعاً او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره به جاز على الموكل باضافته
اليه مثل ان يقول وهبه لك موكلي او رهنه وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن
والقرض من عليه قال المص لان الحكم فيها يعني في الصور المذكورة يثبت بالقبض والقبض يلاقي محلاً مملوكاً للغير فالحكم يلاقي
محلاً مملوكاً للغير فقوله فلا يجعل اصيلاً مقتضاه اصيلاً في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلاً
مملوكاً للغير او كان ثابتاً لمنزلة المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انسلب
الى الموكل يجعل العبارة سفارة فيما احتاج الى القبض ولي نصفها في العلة وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو التوكيل
بالاستعارة او الاتهاب والاستيهاب فان الحكم في الحقوق يرجع دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا
قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل ويتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع الفعل والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة
العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه كذا اذا وكل بعقد الشركة والمضاربة كانت الحقوق راجعة الى
الموكل للاضافة قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم اني
اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد
الله وان سنح ذهنك بخلافه فلا تلم فان جهد المقل دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير
وانه لا يجوز وورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه
واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض
فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمه بدل على المستعير و
الموهوب له فيجعل محلاً للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة و
الاتهاب وانما محلهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان
قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد
خلفاً عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيهما بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلاً له في الاستقراض وفيه بدل معتبر بالايفاء في
الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في محل واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف الرسالة
فانها تصح في الاستقراض قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر الا اذا بلغ
على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك فح يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل قال واذا طالب
الموكل المشتري بالثمن اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان
الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبته
الموكل الا باذنه ومع ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالب ثانياً لان نفس الثمن حقه
وقد وصل اليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان حقوقه

بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض قوله ولهذا توضيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل لكون الثمن حقه ولان المقاصة ابرآء بعوض فيعتبر بالابرآء بغير عوض ولو ابرآه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابرآء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشئ فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابرآء بعوض وهو معتبر بالابرآء بغيره وللوكيل عند ابي ح ومحمد ان يبرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابرآء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابرآء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابرآء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابرآء من الموكل والجواب ان الابرآء من الوكيل هو ذلك فاذا ابرأ اسقط حق القبض وليس للموكل حق قبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا فان قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان المقاصة وهو لا تعتبر بما اذا كان له دين الموكل وما اذا كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز **باب الوكالة بالبيع والشرآء فصل في الشرآء** قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشرآء وقدم فصل الشرآء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات **قال** ومن وكل رجلا بشرآء شئ اذا وكل رجلا بشرآء شئ بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف ثم من وكل رجلا بشرآء شئ فاما ان يكون معينا اولا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شئ والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف والثمن غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل على الاتيان بامره واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشرآء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشرآء بل شرآء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع لي ما رايت فانه فوض الامر الى رايه فاي شئ يشتريه يكون ممتثلا ووقع عن الآمر والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في باب الوكالة استحسانا والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشرآء معتبر بنفس البيع والشرآء بانه يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اشتراط علم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك تناقض فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها فقوله

اذاس

اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه فذلك معلوم صحت الوكالة به لا محالة وان ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال الآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكسآء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال لان بذل الثمن يوجد في كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف واذا قال اشتر عبدا او جارية لا تصح لان ذلك يشمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لانه بذكر النوع تقل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والردآءة والسطة وفائدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان استعمال اللفظ على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه **قال** ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شرآء الطعام ان يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ما ورآء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل على ان ما ذكر او لا مطلق اي سواء كانت الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشرآء الطعام ينصرف الى شرآء الحنطة ودقيقها وهذا الكلام المعبر عنه بلفظ قيل يخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول يخالف للاول بل هو داخل في الاول ذكر ما يدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكرها قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لا ان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة والقول في تحقيق ذلك ان العرف تصرف في اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها ووسطها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك وتصرف الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل يتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك **قال** واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب واذا اشترى الوكيل او وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشتري بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع

وغيره كالمستحق قبل التسليم الموكل قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم
في كيل مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو وكله بان يقبض
السلم لا يجوز لان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه لا يعين
على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز فكذلك في الديون واعترض بان قبول السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان
يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبان التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب في ذمة الموكل
والوكيل مطالب به فلم لا يجوز ان يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالب المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل يملكه
ضرورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى الى جواز التوكيل به والثابت
بالنص على خلاف القياس يقتصر على مورد النص والنص قد ورد بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلا
فيما اذا كان المبدل في ذمته يتخلص اخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل في الشراء يملك المبدل ويلزم
البدل في ذمته فان قيل فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول
المذكور آنفا واذا ابطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر
على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى نفسه او الى الآمر لاطلاق ما يدل على بطلانه
ولا بد من قبض بدل الصرف ورأس مال السلم في المجلس فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق به
الحقوق او ممن لا يتعلق به كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لازما وان فارق صاحبه قبل القبض بطل العقد
لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل
يصير كالعاقد بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل ومفارقة الموكل معتبرة لانه ليس بعاقد والمستحق قبض العاقد قوله بخلاف الرسول
متعلق بقوله فيصح قبضه ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسولين اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس معناه الرسول
من الجانبين في الصرف والرسول من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما يجوز الوكالة من جانب المسلم
اليه فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة في العقد لا في القبض ولا كان الافتراق
بلا قبض واذا كانت فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله
اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية اي صار الوكيل
كالبائع من المشتري بثبوت اماراتها فانهما اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشترى يرده على الوكيل
وذلك من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا الفرع المختص باصل وجوده يدل
على وجود اصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لاصله واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم له المشترى
من جهته يرجع عليه قوله ولان الحقوق دليل آخر وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن ثابت
ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه مطالب بالدفع لقبض المبيع وكان راضيا
بذلك آمرا به دلالة وكذلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس صار الموكل قابضا
بيد الوكيل فالهلاك في يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع
من الموكل وللبائع حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع اولا وقال زفر ليس له

ذلك

ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس في المسلم غير متصور ولنا في ذلك طريقان احدهما ان يقال
التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضي الرضا وهذا التسليم ليس كذلك لكونه ضروريا لا يمكن التحرز عنه لان
الوكيل لا يتوسل الى الحبس لم يقبض ولا يمكن ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثاني ان يقال
ان قبض الوكيل في الابتداء متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما يتبين احدهما بحبسه فكان الامر
فيه موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عنه عرفنا انه كان عاملا للموكل وان حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان
حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة
رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة يسقط الثمن به قليلا كان او كثيرا وضمان الغصب عند
زفر يجب مثله او قيمته بالغا ما بلغ فلا يرجع الوكيل على الموكل اذا كانت قيمته اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر
زفر يقول انه منع بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه صار غاصبا لهما اي لابي حنيفة ومحمد ان الوكيل بمنزلة البائع
من الموكل كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان
كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا
لنفسه فقوي جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فبقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده امانة ولابي يوسف
انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك
فهو معنى الرهن لا معنى البيع فان البيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لاثبات مدعاه وقوله بخلاف المبيع لنفي قولهما يعني ان
المشتري ليس كالبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ اصل البيع يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المصنف بقوله
قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع ومثله لا يمتنع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي به
الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قيل وهذا مغالطة على ابي يوسف لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض
في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل
بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع وانه كما ترى فاسد لانه اذا
فرض ان الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تأمل
حق التأمل وجد ما ذكر عن جانب ابي يوسف غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع واذا انفسخ العقد
اي ذكر بائع الوكيل غلطا او مغالطة
بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكره احدهما قال واذا وكل بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
وكل رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم او
مما يباع عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض
نسخ القدوري قول محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل انما في وكالة المبسوط في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء
فقال فيه لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور لابي يوسف ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة
ارطال والوكيل لم يخالفه فيما امره وانما جاء ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع
عبد بالف وباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال لا بامره بشراء الزيادة فظن ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد
خالفه فيما امره فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمأمور به وفيه بحث من وجهين الاول انه لا يلزم

الآمر شيء من ذلك لان العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة كما اذا قال
لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثا لا يقع الا واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في
ضمنه ايضا قال رحمه الله تعالى وله انه اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين كل واحد منهما يساوي عشرة قال
ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما يعني لا يلزم الآمر منهما شيء والمسئلة كالمسئلة حذو القذة بالقذة واجاب عن الاول
الامام حميد الدين بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحد ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم
الامر به فكذا ما في ضمنه واما فيما نحن فيه فكل قصدي لان اجزاء الثمن تتوزع على اجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني
صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتهما اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وح كان للوكيل
ان يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك
لا يعين حق الموكل فيبقى حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في العناية فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة
لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط واما عند غيره فلا بد من تعليل اخر
ولعل ذلك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة
وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تطرق التخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة ورقة
اجلة كونه حاصلا بصنع العباد محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو قليل خلافه قوله بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل
ابي يوسف المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له ورد بان الدرهم ملك الموكل
فيكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما والجواب ان الزيادة ثمة مبدل منه لا بدل فكان الفرق ظاهرا او الحاصل ان ذلك قياس البيع
على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق واقل ذلك ان الالف الزائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة اخرى اخرة
وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف وان كان الثاني كان المشتري للوكيل بالاجماع لوجود المخالفة لان الامر تناول السمين والمشتري مهزول
فلا يحصل مقصود الآمر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الموكل
لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون
علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به
المخالفة فاذا سمى الثمن فاشترى بخلاف جنسه او لم يسم فاشترى بغير النقود او وكل رجلا بشرائه فاشترى وهو غائب يثبت
الملك في هذه الوجوه للوكيل لانه خالف الامر فينفذ عليه اما اذا اشترى بخلاف جنس ما سمى فظ وكذا اذا اشترى بغير النقود لان
المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه وكذا اذا وكل وكيلا لانه مامور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته قيل ما الفرق
بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا انكحها من نفسه بمثل المهر المأمور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف في المهر
المأمور به واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث انكحها من نفسه فان الانكاح من نفسه
هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل لا محالة فكانت المخالفة موجودة فوقع على الوكيل واذا عرفت ما به المخالفة
فما عداه موافقة مثل ان اشترى بالمسمى من الثمن او بالنقود فيما اذا لم يسم او اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فينفذ على الموكل لانه
اذا حضر رأيه لم يكن مخالفا قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول
او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول لا يقع و

الرواية في الذخيرة والتتمة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما متعذر لان التوكيل تفويض الرأي الى الوكيل وتفويض الرأي الى
الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة فيهما اذا انفرد اعتبار الى الرأي فجعلناها مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى
الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فكان المأمور مأمورا بنقل عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر والاجازة ليس من النقل في
شيء فلم يملكه الوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانها تحتاج فيها الى الرأي فاعتبر المأمور وكيلا
والمأمور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره او باجازته قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل ويشتريه بمال الموكل وقوله هذا يحتمل يجوز ان يكون مراده النقد من مال الموكل وان
يكون الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المص وذلك لان هذه المسئلة على وجوه لانه اما ان يضيف العقد الى مال
الموكل والى مال نفسه والى دراهم مطلقة فان كان الاول كان للآمر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد
الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا للدراهم الآمر وان كان الثاني كان للمأمور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها بوقوع
الشراء لصاحب الدراهم ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او بفعله عادة دليلا على الوجه الاول والثاني يعلم بالدلالة
فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه ولعادة مشتركة لا
محالة والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للآمر فهو له او لنفسه
لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي
حكم النقد بالاجماع فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما فيه من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا
على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية
والفرض عدمه وقال ابو يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له او لغيره فيكون موقوفا فمن اي المالين نقد
تعين به احد المحتملين ولانه مع تصادقهما يحتمل انه كان نوى للآمر ونسيه قوله وفيما قلنا يعني تحكيم النقد حمل حاله على الصلاح
لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غاصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال الموكل
تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نوى
للموكل لا معتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم تحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل او يحكم النقد وفي الاضافة الى
مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه فكان حمل كلام القدوري ويشتريه بمال الموكل على الاضافة اولى وبقي
الكلام في ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا تفيد شيئا لان النقود لا تتعين واجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء
بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو هلك قبل الشراء بطلت
الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة قوله والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه انما خصه بالذكر
مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد
للوكيل اجماعا ولا تحكيم للنقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالاسلام وهذا القائل فرق بين الشراء والسلم على قول
ابي يوسف بان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا احتمل ان له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان
العقد للعاقد عملا بقضية الاصل قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف ومن وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكر
الموكل فاما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه او بغيره والاول سيجيء والثاني اما ان يكون العبد حيا عند الاختلاف وحيا وعلى كل

التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن غير منقود فالقول للآمر لان المامور اخبر عما لا يملك استينافه
سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استينافه لان العبد ميت وهو ليس
بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل وهو ينكر فالقول قوله فقوله لا يملك استينافه
معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله وهو راجع الى ما في عما وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه امين
يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم
يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء
للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان تملك استيناف الشراء دائر مع التصور ويمكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه
للموكل وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الآمر بخلاف
ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة الامانة والثمن ههنا يعني فيما نحن فيه حتى يكون
الوكيل امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور
سواء كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فلانه يملك استينافه واما عند ابي حنيفة فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء
شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر ان شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل النفسه وهو لا
يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك وقع المشترى له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة
من جانب ابي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان
غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله قال ومن قال
لآخر بعني هذا العبد لفلان رجل قال الآخر بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طلبه منه فلان ابى ان يكون امره
بذلك فان لفلان ولاية اخذه لان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بالشيء
لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفع الانكار اللاحق فان قيل لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفاعة كالاجنبي
طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم
من الاجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه وان قال فلان لم امره ثم بدا له ان ياخذه لم يكن له ان ياخذه
لان الاقرار ارتد بالرد الا ان يسلمه المشتري له اي الا ان يسلم المشتري له العبد المشترى لاجله اليه ويجوز ان يكون معناه الا
ان يسلم فلان العبد المشترى لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشتري بناء على الروايتين بكسر الراء وفتحها فيكون بيعا
وعليه العهدة اي على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلمه المشترى
لاجله ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع كفى للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود
التراضي الذي هو ركن في باب البيع قال ومن امر رجلا ان يشتري له عبدين باعيانهما ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين
باعيانهما ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شراءهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما
في الشراء الا فيما لا يتغابن استثناء من قوله جاز اي جاز شراء احدهما الا فيما يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء
وهو لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهما بالف
وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما

سواء

سواء وكل ما كان كذلك يقسم بينهما نصفين لو وقع الامر بذلك لدلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بذلك
موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية
الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الآمر اذا اشترى احدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة و
اشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي
حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف والانقسام بالسوية كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن
العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما
يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكن يتقيد بالمتعارف وهو فيما يتغابن فيه الناس لكن لا بد ان يبقى
من الالف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها
عبدا معينا صح على الآمر ولزمه قبضه ان مات قبله عند المامور لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره
فكذا اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الآمر فهو له كذلك وان مات في يد الوكيل
قبل ان يقبضه الآمر مات من مال الوكيل عند ابي حنيفة وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا امر على الدين
ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر
لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا
كانا او عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد وما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد
فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده وصار كما لو قال تصدق بما لي عليك على المساكين ولابي حنيفة انها تتعين في
الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منهما او بالدين منهما ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت ونقل الناطفي
عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد
دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل والمسئلتان تدلان على ان النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكورة
في الكتاب لا تفصل بين ما قبل القبض وما بعده والاخرى تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب قال في النهاية
هذا قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا تتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال
قال محمد في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت
الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات قبل
التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء قبل التسليم
فكذا فيما هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم
على انها لا تتعين ثم قال وفائدة النقد والتسليم على قول العامة توقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة وهذا قول
بالتقييد بالتعيين لان المراد به هو التوقت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل عليه ولقائل ان يقول فعلى هذا
في كلام المصنف نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة بقول بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة بمائتين سنة والجواب ان المصنف لم يتعرض
بان ذلك قول بعض المشايخ فلعل اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه في الزيادات من التقييد بعدم التسليم
قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسئلة تدل

على ذلك فرق بانه يخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشرا
بطلت الوكالة بل انما قيد المص بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه
يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الكفالة بهما قوله
واذا تعينت هو تتمة الدليل وتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين
من غير ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين
مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا
بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا
يملكه الداين قبل القبض والامر بدفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قال اعط ما لي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف ما
لا يملكه الامر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه قوله بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع
او المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للامر لانه يصير البائع اولا وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك من غير من عليه
ولا امر بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض ولا لكونه معينا واجيب
بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله وبخلاف جواب عن قياسهما على الامر بالتصدق ولم يذكره في الكتاب
وقدمناه في سياق دليلهما وذلك ظ وقوله واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء
عبد غير معين لم يعلم بانه غير صحيح نفذ الشراء على المامور فاذا هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الامر منه انعقد بينهما
بيع بالتعاطي فان هلك عنده هلك من ماله قال ومن دفع الى آخر الفا رجل دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالالف فالقول للمامور ومراده اذا كانت تساوي الالف لانه
امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول قول المنكر فان كانت الجارية
تساوي خمسمائة فالقول للامر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا
فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للامر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فالمخالفة الى شر وان كان قيمتها
الفا فمعنى قوله فالقول للامر يتحالفان ثم يندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان يلزم
الامر سواء قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للامر وان اشتراها باقل كان مخالفا
الى خير وذلك يلزم الامر وهذا لانهما في هذا اي في هذا الفصل نزلا منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع
الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما ويلزم الجارية المامور وفيه مطالبة وهي ان الوكيل
اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب
ان في الاول سبقت الامانة المبادلة واسبق من اسباب الترجيح فاعتبر فيه بخلاف الثاني قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد
واذا امره بشراء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه
قيل لا تحالف ههنا وهو قول ابي جعفر الهندواني لان بتصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو
انشاء لزم الامر فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمه غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكر
فان قيل المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف مخالفه اجاب بقوله وقد ذكرنا يعني محمد معظم يمين التحالف وهو

البائع لان البائع وهو الوكيل منكر ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو المنكر فمنكر وعلى المنكر
اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت اعم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى والبائع بعد
استيفاء اليمين جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل
اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فيقع الخلاف والتحالف قال المص وهذا قول الامام ابي منصور وهو الاظهر قال في الكافي وهو
الصحيح فصل في التوكيل بشراء نفس العبد لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل
التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل
العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وان توكل العبد رجلا اشترى نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل
وفي الثاني وكيل وكلام المص بينهما وهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل والمفعول
وذكر احدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل قال واذا قال العبد لرجل واذا وكل العبد
رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فلا يخ اما ان يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه او لم يبينه فان عينه
فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود
القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمامور سفير حيث اضاف العقد الى موكله
والحقوق لا ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا اعقب الولاء
للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما امكن وقد امكن اذ لم
يحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب
سياتي بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمه فتعين المجاز واذا كان معاوضة ثبت الملك له والالف للمولى لانه
كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمنا للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح قال في النهاية وهذا فيما اذا
وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير
وفيما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الالف كان للمولى
فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت في كلام المص ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا
بلا بدل وهذا بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني ان توكل اجنبي اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط على
الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد
وهو المبايعة وفي الحالين اي حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما
ما نحن فيه فان احدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه يرضاه اي لا يرضى الاعتاق
لانه يعقب الولاء ويوجب الجناية عليه وربما يتضرر والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في
المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ونسبة المص سعى يكاد فاستعمل استعماله وقوله ولا مطالبة على الوكيل هو رواية كتاب
الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب
الوكالة ان العبد يعتق والمولى على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير ووجهه ان توكله بشراء العبد للعبد كتوكله
بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه الاول وهو الصحيح ان التوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه

لا يستغنى عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض الحقوق فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل قال ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسألة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخ اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله بان قال بعني نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد والعبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها للمولى حتى لو اقر بها الغير لم يصح وله عبارة ملزمة كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله لغيره من اموال المولى وكتوكيل اجنبي بشراء نفسه الآن ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده حتى لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت لا احتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون يد العبد في ماليته امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك سلمت اليه ولا حبس بعد التسليم قوله فاذا اضافه الى الآمر نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الآمر صح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على حر توكل بشيء وفعله وقوله ففعل فهو للآمر يشير الى ان العقد تم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى الموكل انما يثبت الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما يأتي فانه اعتاق على مال والعقد والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قلت اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق اجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة يستند على قصور صحة المباشرة وهو اذن وان اضاف الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق وقد قبله وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قيل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له ان يشتري بنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي لم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فيقع التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشره وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمه قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضا المولى بذلك والى ذلك اشار بقوله وقد رضي المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة من مفهوم اللفظ

فصل في البيع

لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء عليه وهو وجه تأخير البيع قال الوكيل

بالبيع

بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا يقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند ابي ح بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة انه لا يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد من تقدير الاقوال قبل الدلائل فنقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة عندهما جائز باتفاق الروايات غير جائز عند ابي ح في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز اذا عرف هذا فالدليل على المذكور في الكتاب من جانبهما قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا لانها اما ان تكون من حيث ايثار العين او المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث لا يحل للابن وطي جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطيها ولا يحل له وطي جارية ابيه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي واما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستردا مستقضيا قابضا مسلما مخاصما مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابليه بمحل واحد في حالة واحدة وكذا للمولى حق في اكساب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته وتزويج عبده فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي ح القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فكانت موضع امانة والتهمة موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق لابي ح في تجويز بيع المضارب ممن هو له كذلك بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع انه قبل ظهوره حكم الوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عدمه عند عدمها فكان مما يتوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فتبين ان الحكم فيهما كهو فيما سواهما كذا قيل قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز ان يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند ابي ح وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبالجمد بسكون الجيم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية الاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع

لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي ح القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير
موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قوله والبيع بالغبن نزل في الجواب يعني سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع
بالغبن او بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن للتجارة الرابحة او لغيره عند التبرم من العين وعند ذلك لا
يبالي بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم
فيندفع نزاعه او يظهر مكابرته والمسائل المذكورة مروية عن ابي يوسف على ذلك الوجه واما عند ابي ح فهي على اطلاقهما
والبيع بالغبن والعين بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن او العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا
في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع
الا يرى انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشرى اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري
لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشرى اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم
بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما
حقيقة فظ واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه ملكه الاب والوصي اجاب بقوله غير ان
الاب والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع ومما ليسا من ماموريه سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطلقا بل
مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه
لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع فكل ما صدق
عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه
متوسلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق
على المقايضة فالبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع ما اليه باعتبارين يتعين كل منهما بالطلاق ولفظ
يخصه عليه ولهذا يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ما قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشراء
من كل وجه فيما اذا رجح ابو ح جانب البيع وما قيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لا
يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة الا اذا كان مقابله من العرض مثله في القيمة او اقل
منه يسيرا كما روى الحسن عن ابي ح وذلك لان الموكل اطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له
ان يبيع باعز وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص
فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب فلاحظ بعين البصيرة تجد المتصدي لتلفيقه ان شاء الله تعالى
قال والوكيل بالشراء يجوز عقده اي الوكيل بالشراء يجوز ان يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان
التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه وقد وجده خاسرا الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا
بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان
بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج
موكله امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل
بالشراء لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش والذي لا يتغابن فيه

ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد
كالعبيد والدواب فاما ما له ذلك كالخبز واللحم وغيرهما اذا زاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالفلس
مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم فلا حاجة ههنا للعلم به فلا
يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الظ وقيل الفاحش ويتساعد سوق الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده
يازده وفي العقار ده دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وان زاد على ذلك لزم
الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات
وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد
محترمة فجعل اصلا والدرهم مال لا يحبس لاجله فقد يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من
النصفة فكان يسيرا او ضوعف بعد ذلك بحسب الواقع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل
اعتبر ضعف ضعفه والله اعلم قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند
ابي ح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه واستوضح بقوله الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف
جاز عنده فاذا باع النصف اولى وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر
الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج
الى التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان
عندهما فان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكره من الدليل آنفا في التوكيل بالبيع والفرق لابي ح
ان التهمة في الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الخ وفرق آخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق
فيملك بيع العبد كله او نصفه واما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي الاطلاق
الامر تقييده فيعتبر فيه العرف والعرف فيه ان يشتري العبد جملة ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء
لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح لحديث
حكيم بن حزام فان النبي ع م وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه
الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطالا للقياس والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه
اولى قال ومن امر رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري على البائع
بعيب فلا يخلو اما ان يكون ذلك بقضاء او بغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله او لم يكن فان لم يكن فاما ان
يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع او لم يكن فان كان لا يحتاج الى الحجة من بينة او نكول او اقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب
في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها لا للقضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع
قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء والاطباء
في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا
يحتاج الى رد خصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب
يحدث مثله فان رده ببينة او باباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة اي كاملة فيتعدى والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب

عن عمله باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه يمكنه
السكوت والانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء
فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة
الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة وان
كان لذلك فاما ان يكون بعيب يحدث مثله ولا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم آمره وعبر عنه بالبائع
لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر قد حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق ثالث حيث فسخ واسترد
برضاه من غير قضاء والبائع اي الموكل ثالثهما وان كان الثاني والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد
متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة
الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الآمر وليس للمأمور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث
وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة
والنكول لعدم تأتيهما الا بعد القضاء **قال** ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد اذا اختلف الآمر والمأمور في الاطلاق والتصرف
وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل امرتني ببيعه ولم يقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر
يستفاد من جهته اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس في الثانية لان عقد الوكالة بناؤه على التقييد
حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بما لي او في مالي لا يملك الا الحفظ
فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان
تعمل في البز وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم يقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا
ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الاطلاق
قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما
فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اجل كان متعارفا عند التجار في
تلك السلعة او غير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف في الوجه من الجانبين تقدم في مسئلة الوكيل
بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ
به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصل لا يبرأ
وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان يأخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى
براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة
توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن هلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض له بخلاف الوكيل بقبض الدين
اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة
والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض **فصل** وجه تأخير وكالة الاثنين عن وكالة
الواحد ظاهر طبعا واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما
على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب ليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر

سواء كانا ممن تلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد محجور ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لانه اذا
قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف
قوله والبدل وان كان مقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز ان يتصرف احدهما ووجه ذلك
ان البدل وان كان مقدرا لكن المقدر لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل ان يزيد الثمن ويختار ان من هو احسن اداء
الثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف
بانفراده فيما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان كلا منهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء
وقوله والرأي يحتاج اليه اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل
رضي برأيهما ووجه ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة بما بقاهما عليها فيكتفى بذلك وقوله وطلاق زوجته
بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما وابى الآخر ان يطلق فهو جائز وكذا
بالعتق المفرد وكذا اذا وكله برد الوديعة وبقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى
والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه
فائدة لان حفظ الاثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه
واما منفردا فغير مأمور بقبض شيء منه قوله وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما
لانه تفويض الى رأيهما الا يرى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف
في ملك الآخر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الآخر فان قيل لا ابطال ضمني فلا يعتبر اجيب بانه
لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع قوله ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق
فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففي قوله طلقاها ايضا معلق
بفعلهما ويتحقق بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فان
قيل فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوضا الى رأيهما اجيب بانه ليس يحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما
وكل به وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برأيه والناس
متفاوتون في الآراء وقد رد توكيله بناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رأيا وقويه في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضى برأيه
مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة للقوة في الرأي لما لا يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه
بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان لا احد من يفوقه في هذا التصرف فقبول التوكيل مناقض
لظنه فلا يجوز قوله الا ان يأذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه اذا اذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فقد
رضي برأي غيره او اطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على انه رضي مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا
جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في
ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر ما ذكرته فان وكل الوكيل بغير اذن موكله
فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف
بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة فما الفرق بينهما واجيب بان صاحب الذخيرة قال محمد في الجامع الصغير

اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع آخر منها
وشرط الاجازة ثم قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب لم يجز الوكيل جاز وحكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة
روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا
ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول الثاني لما لم يصح لعدم الاذن صار كالعدم وعاد الوكيل الثاني فضوليا وعقده محتاج
الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز بدونها ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود حضور الرأي
وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد فانه قال
والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس في ذلك رضا في اشتراط الاجازة الحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا
بقوله او غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكرنا وتوجيه كونه فضوليا في احد وكيلي
البيع ليس لوكيل الوكيل لانه مأمور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل
الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان تصرفه بتوكيله ورضاه بالتصرف كان
سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير
اذن من صاحبه وهذا لما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم بالصواب قوله وتكلموا في حقوقه يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز
فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة
عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول وان كان الوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل
الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لفوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه كما لو
باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن
ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المص وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر
ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته واما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما
بذلك المقدار لانه انما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر في قوله ولكن
التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم
الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الاهدى في تحصيل
الارباح وذلك انما يكون في الوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة
الآخر عنه في مجرد العبارة قال واذا زوج المكاتب والعبد والذمي ابنته اذا زوج المكاتب والعبد والذمي ابنته وهي صغيرة
مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او الشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله واشترى لها
يحتمل ان يكون معناها اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر
والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف في المال الا بتوكيل من غيره وليس
بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولانها
ولاية نظرية وهي تحتاج الى القدرة والشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما
قال ابو حنيفة رحمه الله والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي وان كان مستأمنا لان الذمي صار منا دارا

وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه
في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية وذلك اي
الولاية النظرية بتأويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة متردد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجو
الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده وان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فيصح وانما
كان ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تركا اصلهما في نفوذ تصرفات المرتد حتى خص قولهما بالذكر بقوله قال ابو حنيفة رحمه الله وان كانت المسئلة بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع غالبا
ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون لمطالبة المبيع او الثمن او لانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير عما ليس
بمهجور قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض الدين والعين خلافا لزفر هو يقول
رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا
يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت
القاضي او غيره والمطل والا فلا يخلو ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب مشايخ بلخ افتوا بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ولان
التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته
وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت لما ذكرنا انه ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فنظير هذا التوكيل
بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه
حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة
مستعملة والمجاز متعارف فهي اولى منه عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى
على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان
الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن للامر انه يفضي
الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب اصحابنا قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض الدين وكيل
بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما فلا تقبل
بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن
على المال وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضى به رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى
بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع
قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل
يقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها
خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا اقيمت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع
في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطلب حقوق العقد
وبالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد
بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شرح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض

اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منهما بالوكيل بالشرا الا ان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك كذلك واما الوكيل
بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء قوله وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه مما يتم به دليل ابي ح وهو ان الوكيل بالتملك اصيل
في الحقوق قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين
محض حيث لا مبادلة هنالك لكونه عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل
باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لا على خصم وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر
الامر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده فيقتصر حتى لو حضر الغائب يعاد البينة وصار كما اذا اقامها على انه عزله
عن ذلك تقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك اذا اراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما
فاقامت المرأة البينة على ان زوجها طلقها والعبد والامة على العتاق وعلى تدبيرهما على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا
لقيامها الا على خصم وفي الاستحسان تقبل في قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على المولى لكنه خصم
في قصر يده وليس من قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فجعلناها في القصر دون غيره قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا
اقر الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي
جاز والا فلا عند ابي ح و م الا انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على
ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف
اولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف واما شمول العدم كما هو مذهبهم والفصل بين مجلس
القضاء وغيره استحسان وجه القياس ان الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بنزاع لانه مسالمة والامر
بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة
غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض
الثمن او لا يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة قال في
النهاية هي مسألة مبتدأة خلافية لم يوردها على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف كذا في المختلفات
البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا الا ان التوكيل في غير المملوك
تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيوذلك اي ما يملكه الموكل مطلق الجواب دون
احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى
المطلق مجازا على ما سياتي تحريا للصحة قطعا قوله ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشهد زفر وجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح
على قول ابي يوسف لانه لا يملك الاستثناء لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر انفا ولئن سلمنا صحته كما قال محمد
لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على تملكه اياه وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون
الخصم محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل جاحد لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق
يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المط ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه
قال في النهاية اي على الاقرار لان المدعي يثبت ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا
على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل عند توجه اليمين يحلل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار منه

ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون
الاستثناء مفيدا والجواب ان المط مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا
بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم يذكر المص الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح
صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى
الصلح والابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة
والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح عقد اخر يحتاج الى عبارة
اخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا قوله فبعد ذلك شروع
في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلاثة بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب وبعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل
بالخصومة على موكله تقول ابو يوسف في التسوية بين مجلس القاضي وغيره الوكيل قائم مقام الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القاضي
فكذا اقرار نائبه ولهما يقولان ان التوكيل بالخصومة يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب
ومطلق الجواب مجاز عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس
القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظ ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في مجلس
القضاء فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجوزه
التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا او لان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز
شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظ ايتانه المستحق هو الجواب في مجلس
القضاء فيختص به ولو قال الا ان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظ كان اوفى في تأديته للمقصود قوله لكن استدراك من
قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج
عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب
او الوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب والوصي ثم جاءا يدعيان المال كان اقرارهما
لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا قال
ومن كفل بمال عن رجل ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لا بعد براءة الكفيل
ولا قبلها اما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لانه كان لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب فاجازها بعد ما بلغه فانها لا تجوز
لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظ والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه
عاملا لنفسه في ابراء ذمته كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه فلانه لا يصير وكيلا لما قلنا ونوقض بتوكيل
المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بالمنع مستندا
الى ما ذكره شيخ الاسلام ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك
بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض بان عمل الوكيل لنفسه ضمني لكون الموكل اصيلا في اثبات الوكالة و
الضمنيات قد لا يعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك لان الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فلتفسخ الوكالة لطريانها عليها كما لو تأخرت
الكفالة عنها فانها تفسخها قال المحبوبي في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب ان

الناسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه
دون الوكالة فلا يجوز ان يكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه قوله ولان قبول قوله دليل آخر وتقريره ان
الوكالة يستلزم قبول قوله لكونه امينا ولو صححنا الوكالة ههنا انتفى اللازم وهو قبول قوله لكونه مبريا نفسه وانتفاء اللازم
يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم ونظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها
في عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل
باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا بقيمته كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به نفسه فيكون
التوكيل باطلا قال ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه ومن ادعى انه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم
امر بتسليم الدين اليه لانه اقر على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فاداء المديون مثل مال رب
المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه يؤمر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب فصدقه فيها
والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي
امرا عارضا وهو سقوط الدين باداءه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد
الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته
ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع
عليه ولانه بتصديقه اعترف انه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا
يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه
من التسليم واما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه قوله الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم
يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب
مني ماله ارجع عليك بما دفعته اليك او ضمن الوكيل المديون وقال انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا ارد عليك ما قبضته
منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل ح لان المأخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون لانه غاصب في
حقه فيما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض
الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب عليه اي بما وجب في كون كل واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو
كان الغريم لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا لان فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب
المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه
وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين الاوليين وهي
هو التصديق مع التضمين والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب للمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية وفي الوجوه كلها اي الاربعة
المذكورة دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب وفي دفعه
مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق
او محتملا وهو في حالة التكذيب وفي قبل ظاهر ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستور الحال فصار كما

اذا دفعه

اذا دفعه على رجاء الاجازة فانه لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس
عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المص ان الغريم اذا انكر الوكالة هل
يستحلفه ولا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي ح ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف لكنه على
العلم لانه على فعل الغير ولكن ان الاستحلاف يبتنى على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته عن الامر لم يصح دعواه فلا يستحلف
وكذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين
عنده يملك الخصومة وقد ثبتت الوكالة في حقه باقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع
اليه لانه اقرار بمال الغير بحق القبض فانه اقر ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف
الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب
وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع اولا فهو على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا
لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه فدفعها اليه يرجع ان لم تكن العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه
ملكها بالضمان واما الاسترداد قبل حضور الغائب فعلى ما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له
غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى اي لان مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته وقد وصاحب النهاية عن خط
شيخه في نصب ماله وجهه بكونه حالا كما في كلمته فاه الى في اي مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا
اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وارى انه ضعيف لان الحال قيد للعامل فكلمته يجب ان يكون مقيدا بالمشافهة
اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظ في اعرابه
الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فقد اتفقا على انه مال الوارث فلا بد من
الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع ما دام حيا كان اقرار
المودع اقرارا بملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق في دعوى البيع عليه وللقائل ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان
في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى
ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهنالك بقوله ومن اقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة
والقبض بعيد المناسبة قال فان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي ح في الرجل له
على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال ادفع
المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه قال المص لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك والاستيفاء
لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى تحليف رب الدين لم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه فان حلف مضى
الاداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر
احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف
عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث
يحلف ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة قال وان وكله بعيب في جارية
اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضى المشتري بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان

التدارك فيما يمكن باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكول الموكل واما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء
والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند ابي حنيفة لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطاء
بالنكول وعلى هذا لا يحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة و
اعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل
لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم يرد الجارية على المشتري
واجيب بان الرد مذهب محمد فاما على قول ابي حنيفة فلا سبيل للآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما البائع والمشتري في الاخرة على وجود
الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة ثم نص بخلافه وقالوا هذا اصح فاما
عندهما فقد قالوا الواجب ان يتحد الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما
تقدم ويرد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري لان عدم التاخير الى تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك ممكنا
عند ظهور الخطاء وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ
القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين
لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينظر له اذا كان غائبا قال ومن دفع
الى رجل عشرة دراهم ينفقها ومن دفع الى آخر عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة التي انفق
من ماله بمقابلة العشرة التي اخذه من الموكل لا يكون متبرعا فيما انفق قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل
بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله
واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا لان ما نحن
فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بشراء ما يحتاج اليه الاهل قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل
معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويز للاستبدال وفي القياس ليس له ذلك
ويصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكها ضمن لان الدراهم يتعين في الوكالات
حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا وقيل القياس والاستحسان
في قضاء الدين وهو ان يدفع المديون الى رجل الفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غيرها من مال نفسه قضاء عنه فانه في
القياس متبرع حتى اذا اراد المأمور ان يحبس الالف التي دفعها اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس
بمتبرع وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمنا
دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فاما الانفاق فيتضمن الشراء لانه امر بالانفاق وهو امر بشراء الطعام والشراء لا
يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة لم يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل
متبرعا قياسا ايضا **باب عزل الوكيل** وجه تاخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل اذا كان
للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان
كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب ومن يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا
فان لم يعلم فكذلك لانه لا انعقاد للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المصنف وان علم ولم يردها لم يصح في

غيبة

غيبة الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور
في الكتاب مستثنى وصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل
آخر منه ولم يذكرها المصنف لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه قوله فصار كما اذا
صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي يتضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي
عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع
صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن اذا لم يرض
به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به اولا ولو كانتا متشابهتين لما وقعت بينهما
هذه التفرقة اجيب بان مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة
لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلا
اذ لا يمكن ان يطالب الراهن بالبيع قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته
وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اضرارا به من وجهين احدهما من حيث ابطال ولايته لان الوكيل يتصرف على ادعاء
ان له ولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وهو ضرر التكذيب لا محالة والثاني من حيث
رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان
افعاله بعد العزل فتضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة
في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة قال وتبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم
ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضى احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب ففي الاول
تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة
عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة
وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كانه يجدد
عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد في ذلك من الامر فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل
الامر بهذه العوارض فلا يبقى الوكالة من هؤلاء كما لم ينعقد منهم ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتقرر بالموت
واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي اثنائه لا يبطل فلا يبطل
في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعل امر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به
فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر
الباء وهو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف وروى
ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط الصلوات الخمس فصار كالميت وهو
رواية عن محمد وقال محمد آخرا حولا كاملا لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا وقال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق
قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فيكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب
بطلت فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في

السير اي كون تصرف المرتد موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل ما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة لانها ان كانت مالكة للعقد وقت التوكيل ثبتت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعدما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد **قال** واذا وكل المكاتب ثم عجز او العبد المأذون له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم واذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واما اذا وكل المكاتب والمأذون له بتقاضي الدين والتقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يليه فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطل جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيما لم يله كتوكيلهما فيتبع في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف احدهما فحصوله باثنين وكلام المص ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه وقد اول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطل ما كان في ضمنها هذا على تقدير صحته يختص بسبب الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة الكتاب **قال** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا الى آخره لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيما من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مأمورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان للدوام حكم الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال المص هذا عند محمد فاما عند ابي يوسف فلا يعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله رفع المانع واما ان يحدث فيه اهلية وولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقد والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذه العوارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة ومخلصه معروف ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه ان الوكيل يملك ولاية التنفيذ فان الوكيل انما يملك تنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تملك ولاية التنفيذ ملصق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك باللحاق لانه لحق به بالاموات فصار كسائر املاكه واذا بطل الملك بطل الولاية واذا بطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت لا

تعتق لكونه في المدبر وام الولد واشار بقوله الحق بالاموات الى ان فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضي باللحاق واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا ثم الكلام في قوله لانه ولاية اصل التصرف باهليته فانه يعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ لان تكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء باللحاق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد انها تعود كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فتعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بالردة والقضاء باللحاق وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا جر ذكرها في هذا الموضع **قال** ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ومن وكل آخر بشيء من الاثباتات والاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل ان يتزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو زوجها الوكيل فابانها فان له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكل بشراء شيء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المأمور للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمأمور ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلثا او واحدة وانقضت لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع فخالعها قوله لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بقضاء فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء قاض لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدأ في حق غير العاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق وهو باق والامتناع كان لعجز الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على غائب لم يسمع وكذا ان كان المدعى مجهولا لعدم امكان القضاء وان ادعى انه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لامكان عزله في الحال وحكم الصحيح منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي والاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون بسبب آبائها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة **قال** المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة والدعوى لا يتحصل الا من مدع على مدعى عليه فعرفهما ليفرق بينهما

من اتم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى قال النبي عم البينة على المدعي واليمين على من انكر فلا بد من معرفتهما وقد اختلف عبارات المشايخ
فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني المدعي في المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد تام صحيح
وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة والاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس
بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره و
قيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وبمعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطنا ليزيل به
ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا او قرار الشيء على هيئته والظاهر كون الاملاك في ايدي الملاك وبراءة الذمم فالمدعي هو من يريد
ازالة الظاهر والمدعى عليه من يريد قراره على ما كان ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس
بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر
الوكالة فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصل ويجوز ان يوجه بالعكس
بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله عم اليمين على
من انكر وروي اليمين على المدعى عليه لكن الشان في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا يعني اذا تعارض
الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الآخر يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة
فهو يدعي الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا اقام البينة اعتبر الصورة
واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره
قد ذكرنا ان معلومية المدعى شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعلم به من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك
وقدره مثل كذا كذا درهما او دينارا او كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان
المدعى عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها الى مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام
باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد
عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا احضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما مثلا شخص
اليه لان الصحابة رض فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم على هذا القضاة من اولهم الى آخرهم اي جمعوا والاصل فيه
قوله تع واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند
الطلب فاذا احضر وجب عليه الجواب بالاقرار او الانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى لما قلنا من الاشارة اليها ولزم
عليه اليمين اذا انكر وعجز المدعي عن اقامة البينة وسنذكره اي وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب قال وان لم تكن حاضرة لزم ذكر
قيمتها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما وذكر الوصف ليس بكاف لان
العين لا تعرف بالوصف وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكرها
يكون مفيدا وقوله وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان المشاهدة تعذرت
واغلاق تركيبه لا يخفى قال الفقيه ابو الليث شرط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة بناء على ان القضاء بقيمة المستهلك بناء
القضاء بملك المستهلك عند ابي ح لان حق المالك قائم في العين المستهلك عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم
يكن عين المستهلك كالهالك جاز ذلك لكون الواجب في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين

لايجوز

لا يجوز واذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلا بد من ذكر الانوثة و
الذكورة ومن المشايخ من ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة قال
فاذا ادعى عقارا حدده اذا كان المدعى عقارا فلا بد من ثلثة اشياء تحديده وذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه
به اما الاول فلان الاعلام باقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم يذكر حدوده لانه لما تعذر
التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان معروفا كاسم
ابي ح وابن ابي ليلى فانه يستغني عن ذكرها ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي ح على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلثة من
الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وانث
في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به اي بالغلط في الحد المدعى ولا كذلك تركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا
ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس زفر الترك على الغلط وكما
يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة واما الثاني فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا
يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهدوا انهم عاينوا انه في يده حتى لو
قالوا سمعنا ذلك لم تقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك او يعلم القاضي انه في يده نفيا لتهمة
المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه حتى
يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهوره في يد الثالث بخلاف
المنقول فان اليد فيه مشاهدة واما الثالث فلان المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير
فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه
ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا اي بسبب هذا الاحتمال
قال المشايخ في المنقول يجب ان يقول وهو في يده بغير حق لان العين بيد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وان كان المدعى
حقا في الذمة ذكر المدعي انه يطالبه لما قلنا يعني قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق
الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او درهما جيدا او رديا
او وسطا اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك وفي الجملة لا بد في ذلك من جنس
الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف قال واذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف
له وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون امرا بالخروج عما لزمه بالجحد او تصيير ما هو بعرضية ان يصير حجة حجة وذلك لانه اما
ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يامره بان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء
القاضي لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع
وان كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي بعرضية ان يصير حجة اذا قضى القاضي بها
حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذن لا بد من السؤال لينكشف له احد الوجهين فاذا سأل فان اعترف به امره بالخروج
عنه وان انكر سأل المدعي عليه البينة لقوله عم الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل عم ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها
قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا بريد

قوله م لك يمينه ولا بد من طلبه الاستحلاف لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه قيل انما جعل
يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى ان كان الامر كما زعم فاليمين
الغموس مهلكة للخصم فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب
بذكر اسم الله صادقا ثم انما رتبت اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق لما ادعاه لان فيه
اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام
عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين فربما اقامها
بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر **باب اليمين** لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن
اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قال** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة اذا قال
المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف
وهو قوله م لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله
للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة
في مجلس الحكم ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح فيما ذكره الطحاوي ولا ترد اليمين على المدعي لانه م قسم بين الخصمين
فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم اليمين والمقسم يقتضيه قوله وجعل جنس الايمان
على المنكرين في قوله م واليمين على من انكر وليس وراء الجنس شيء لان الاخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي وسيأتي **قال** ولا يقبل
بينة صاحب اليد في الملك المطلق ولا تقبل بينة ذي اليد في المطلق الملك لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا وقيد
بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد احدهما قابض وبما اذا
ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فانه في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل اما انتقض مقتضى القسمة
حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ
فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه قلت لا لان اليمين انما
يجب عند عجز المدعي عن البينة وهنا لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى لعدم زيادة
يصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد اقوى فصار كما اذا اقاما
على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاما على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضى لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق
بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد
اولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني في علم القاضي
او اظهارا يعني في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق
الملك فبينته لا تثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك وتظهره وما كان اكثر اثباتا في البينات
فهو اولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا
يلزم تحصيل الحاصل اجيب بانها ليست موجبة بنفسها حتى تزيل ما اثبته اليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم
فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتاسيس اولى من

مع الفضاحة

التاكيد

التاكيد فان قيل كان الواجب ان تكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة ذي اليد تثبت
النتاج لا غير اجيب بان بينة النتاج لا توجب الاولية الملك وهما تساويا في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضى له قوله وكذا
كذا على الاعتاق اي اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي
اليد قوله وعلى الولاء الثابت بها اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير معناه ان البينتين في الاعتاق واخويه تدلان على
الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد فيحكم به **قال** واذا نكل المدعى عليه عن اليمين
واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعي فان
حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة
ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه
باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة رح او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة
للواجب لانها واجبة عليه لقوله م واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب دفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب كونه باذلا
ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول
مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تع واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فالقضاء
بالنكول مخالفة وقال م البينة على المدعي واليمين على من انكر ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه لا بد له لكون الظاهر
شاهدا له فبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فتحول اليمين الى جانب المدعي ولهذا بدأنا في اللعان بالايمان من جانب الزوج لشهادة
الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا اجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول
لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع تدل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة على ذلك وما روي عن
علي رض انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي
فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي فقال له علي قالون وهو بلغة اهل الروم اصبت واذا ثبت الاجماع بطل
القياس على ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير
مقصود ولا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي ليتكشف الحال الا رد اليمين فان رد اليمين
لا وجه له لما قدمنا في قوله ولا يرد اليمين على المدعي **قال** وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى عليه اني
اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء
لعدم دلالة نص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قولهم لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه لما مر
غير مرة ثم العرض ثلاث مرات اولى وليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب فيه انه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا ان
النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما والخصاف ذكر الزيادة للاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال
المرتد ثلاثة ايام فانه اولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ
لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما ادعاه وهو
كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان
نكل قضى عليه بدعوى المدعي **قال** واذا كان الدعوى نكاحا اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى

بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة
وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك او اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او الموالاة
او ادعى على رجل انه ولده او والده او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذه لا يتحقق الا من جانبها لان المولى
اذا ادعى ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان
وانكر الزوج او ادعى على رجل بما يوجب الحد وانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي ح وقالا يستحلف في ذلك كله
الا في الحدود والقصاص لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما قدمنا يعني قوله اذ لولا ذلك
لاقدم على اليمين اقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله على لسانه معظما له ودفع
تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلث والاقرار يجري في هذه الاشياء
فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت لكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان
ومعنى الحد فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي
ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف
ولو كان النكول اقرارا لالزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في
المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما
يقول لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان
النكول اقرارا لقضي به والجواب ان النكول اما اقرار او بذل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بذلا ان المدعي يستحق
بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك الاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم ينقطع الا باليمين فاذا نكل كان بذلا
عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بذلا منه ومثل
هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى ولابي ح ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى
واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار
السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال هذا اخي وهذا الرجل يؤذيني فدفعته اليه نفسي ان يسترقني او
قال انا ابن فلان ولكن ابحت لهذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامرأته لكن دفعت نفسي وابحت له الامساك لا يصح وعليه
نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن
شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا كان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب
على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ولو كان
بذلا لما قضي لان بذله تبرع الخامس يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيها والجواب
عن الاول ان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما هاهنا فالمدعي يقول
انا آخذ هذا بازاء ما وجب في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو
صحيح كما في الحوالة وسائر المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول
فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو يوجبه قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من المأذون بما دخل تحت الاذن كالهدايا

الماكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس بان الاثم ان البذل فيهما غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو
ان يقول اقطع يدي وبها آكلة لم يأثم بقطعها وفيما نحن فيه النكول مفيد لانه يتحرز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين
قوله وفائدة الاستحلاف يعني ان البذل في هذه الاشياء لا يجري فانتفت فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول
والنكول بذل والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف لعدم الفائدة وقوله الا ان هذا بذل جواب سؤال تقريره لو كان بذلا لما
ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه آنفا انهما يملكان ما لا بد له من التجارة
وبذلهما بالنكول من جملة ذلك وقوله وصحته في الدين جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف في الذمة
والبذل لا يجري فيها ووجه ذلك ان البذل في الدين ان لم يصح فاما ان يكون من جهة القاضي او من جهة الدافع فان كان الاول
فلا مانع به لانه يقبضه حقا لنفسه بناء على زعمه وان كان الثاني فالمراد به هاهنا في الدين ترك المنع وجاز له ان يترك المنع
فان قيل هلا جعل في الاشياء السبعة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال هين يجري فيه الاباحة بخلاف تلك
الاشياء فان امرها ليس بهين حيث لا يجري فيها الاباحة وجعله هنا ترك المنع وفي قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة
غير الترك وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم
لعله اولى قال ويستحلف السارق اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بالله ماله عليك هذا المال لانه
يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي
الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال قال المص
فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله يريد به النكول شيئان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع لا يثبت به فصار
كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك استعمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعل فعل السرقة واذا
ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق
عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هذه تخصيص كونه قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لا شك الطلاق صح
بين ان يكون في كل المهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا
ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه
يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى على رجل انه اخو المدعي
عليه لابيه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه وطلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب
فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبي لا يعبر عن نفسه
في يد ملتقط فادعت اخوته حرة تريد قصر يد الملتقط عنه لحضانتها واراد استحلافه فنكل ثبت لها الحجر دون النسب
وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي تريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف
الواهب فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولا يثبت الاخوة قوله لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد
فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في
حق الرجل والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فانه عندهما يصح
من الرجل والمرأة اذ ليس فيه تحميل على الغير فيستحلف وهذا بناء على ان النكول بذل عن الاقرار فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه

الاقرار قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع
سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى
يقر او يحلف عند ابي ح وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب المال اذا
كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد وفيما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح
بالاقرار فاشبه الخطاء واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامرأتين والشهادة على
الشهادة فانه لا يقضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطاء فلا يجب شيء ولا تفاوت
في هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة
رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل ويتعدى الى القطاع واذا اقتصر
لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق
المنة للتخصيص للقاتل بسلامة نفسه والمقتول لصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها بالخطاء و
لابي ح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الا ترى انه لو قال
اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وليس ذلك من حيث اعمال البذل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه لو قال
اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع
يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله اذا قال خذ الي اجاب بقوله الا انه لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع
مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن للوجع لم ياثم بفعله وما نحن فيه من البذل الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة
فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة
تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حق المتخاصمين
لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تع وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع
الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر بما ذكرنا ان البذل في الاطراف
جائز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس كما في القسامة فانهم اذا نكلوا
عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فاما
ان يكون المدعى عليه مقيما او مسافرا فان كان مقيما قيل له اعط كفيلا عن نفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمته اما جواز
الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور
بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعان عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر
المدعى عليه يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير بثلاثة ايام فمروي عن ابي ح من غير فرق بين
الوجيه والخامل والحقير من المال والخطير منه هو الصحيح وروي عن محمد انه قال اذا كان معروفا فالظاهر انه لا يخفى نفسه بذلك
القدر ولا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك تؤخذ وكذا ان كان المدعى حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك لا يجبر عليه واما
الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور
عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب وان كان مسافرا فالكفالة و

الملازمة تقدر بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر بمنعه عن السفر وكيفية الملازمة
سنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تع **فصل في كيفية اليمين والاستحلاف** لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع التي جرت
فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته واليمين بالله دون غيره لقوله عم من كان
منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه فيه قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق هو ظ الرواية وجوز ذلك
بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه
شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم اعجمي روي انه عم رأى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجهها
فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال انشدك اي احلفك بالله الذي انزل التورية
على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وفي ذلك دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا
مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع وقال الشافعي
اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عم
وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج
على الحاكم قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو يحلف على الحاصل و
السبب والضابط في ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان
كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي ح وم رح وعلى السبب
عند ابي يوسف الا اذا عرض عليه برفع السبب مثل ان يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت ايها القاضي الانسان قد يبيع
شيئا ثم يقال فيه فح يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو ظ ونقل عن شمس الائمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل ينظر
الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فعلى هذا اذا ادعى العبد المسلم العتق على
مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاسترقاق عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى
المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها
بالردة واللحاق واذا ادعت المبتوتة النفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على
السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في معتقده فيتضرر المدعي فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه
لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت عن الطلب ليس باولى بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي
لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو اصل لان الشراء اذا ثبت ثبت تحوله وسقوطه انما يكون باسباب
عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما على
الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح او بيع قائم في الحال لان السبب مما يتكرر فيحلف عليه
لتضرر المدعى عليه وعند ابي يوسف يحلف على السبب قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه وهذا نوع آخر من
كيفية اليمين على العلم او البتات والضابط في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الآخر كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل
المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت ذلك في يد نفسه ادعى
في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق ما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة

فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكره الموكل
يحلف الوكيل بالله ما قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا كان
المدعى عليه لا علم له بذلك اما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صورة القبض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها
على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البائع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه في الباقيين الحلف يرجع
فعل نفسه وهو التسليم الى فعل غيره وهو القبض ولو اذا ورث عبدا او ادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث
فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا
الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع قال ومن ادعى
على آخر مالا ومن افتدى عن يمينه او صالح منها على شيء مثل المال المدعى او اقل جاز وهو ماثور عن عثمان رضه ولفظ الكتاب يشير
الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف
انك صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة
آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف فترافعا الى عمر رضه في خلافته فقال مقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ
سبعة آلاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضه
انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قال فيكون دليلا للشافعي على
جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان وبه نقول ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظة الفداء والصلح
ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد
تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال **باب التحالف** راعى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد كما في
الوضع والطبع اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البائع انه باعه بمائة وخمسين او اعترف البائع
بان المبيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها
لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات
للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فيثبتها كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه
الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري
اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وتجعل جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل هذا قول ابي حنيفة آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر
يقضى بها للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك
هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فهي لمن لا اتفاق على قوله وهو البائع لان حق المشتري في الجارية ثابت
باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فبينته على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن
الذي يدعيه البائع والا فسخنا البيع ويقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة
وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر و
هذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما
نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر واليمين على من انكر بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا

يدعى

يدعي شيئا لان المبيع سالم له في يده فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكر فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص
وهو قوله عم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور فان
لم يكن مشهورا فمنسوخ وان كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح فيبدأ بيمين المشتري وهو قول ابي يوسف ومحمد
آخرا ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف انه يبدأ بيمين البائع لان المشتري اشدهما انكارا لكونه اول من يطالب
بالثمن فهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه
لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه ولان فائدة النكول تتعجل بالبداءة به وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تأخرت
المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن فكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وابو الحسن في جامعه انه رواية
عن ابي حنيفة وهو قول زفر لقوله عم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع ووجه الاستدلال انه عم خصه بالذكر واقل فائدة
التقديم يعني انه عم جعل القول قوله وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لم يكتف بها فلا اقل من البداءة بها وان كان العقد مقايضة
او صرفا يبدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما قال وصفة اليمين ما ذكر في الاصل صفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي بالبداءة والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان
وضعت للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان في ذلك الاثبات
التاكيد فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وهذا يدل على انه لا
ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت ما ادعى كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة او يقال
اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائما قال في المبسوط حل للمشتري وطي الجارية اذا
كانت المبيعة وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا والبذل يصح في الاعواض واذا كان باذلا لم يبق
دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض قال واذا اختلفا في الاجل واذا اختلفا في الاجل في اصله
او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البائع وقال زفر والشافعي يتحالفان
لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا
ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف ورد فيه النص عند
الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك كشرط الخيار لان العقد بعدمهما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق به
فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن الجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث
يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف
الاجل فانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط
واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن
كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد بقاء ما حصل غنا ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره
لكونه مفروغا عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى واذا اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو
ينكر استيفاءه قال فان هلك المبيع ثم اختلفا فان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب

ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي ح وابي يو والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي يتحالفان وينفسخ البيع على قيمة الهالك
لان الدلائل الدالة على التحالف لا يفصل بين كون السلعة قائمة او هالكة اما الدليل النقلي فهو قوله م اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا ولا تعارضه ما في الحديث الآخر قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل البينة اي تحالفا وان كانت السلعة
قائمة فان عند ذلك تمييز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال ممكن ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف
مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما العقلي فما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره
فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وفائدة
(اي بنكول البائع)
نفي التحالف يفيده دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا
حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احدهما العقد
بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولابي ح وابي يو ان الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاق
احدهما بالآخر جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع اما الاول فلان قوله م البينة على المدعي
واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري خاصة لانه المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله
والسلعة قائمة ولا مضى لما قيل انه مذكور على سبيل البينة لانه ليس معنى مقصود بل هو كالتاكيد والتاسيس اولى على انه معطوف
على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما سلم للمشتري ما
يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة اجاب بقوله والتحالف
فيه اي حال القيام يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها الا ترى
انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الالحاق بالدلالة ايضا قوله ولانه لا يبالي جواب عن
قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة اي سلمنا ذلك لكن لا يضر فيما نحن فيه
لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو ملك المبيع قد حصل بقبضه وتم
بهلاكه وليس يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان في كل
منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب واجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على
الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد وقوله وانما يراعى جواب عن قولهما وانه يفيد زيادة دفع الثمن ومعناه ان المراعى
من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف
من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة
التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس وهذا اي الاختلاف اذا كان الثمن
دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة
وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان
مثليا او قيمته ان لم يكن قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك
احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي ح
الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي ح الا ان يشاء البائع ان ياخذ

الحي

الحي ولا شيء له واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان
ياخذ الحي ولا شيء له ثم مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا قالوا معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن وكان
الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك
البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي فلا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى
هذا عامتهم وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البائع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الهالك شيئا آخر
زائدا على ما اقر به المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري وصدقه
لا يحلف المشتري وكلام المصنف يشير الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق
المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما قيل والصحيح هو
الثاني لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما اقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة وقال ابو يو يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في
الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بالصحيح على ما سياتي وقال محمد يتحالفان
عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان
هلاك البعض يحوج الى القسمة بالحزر وذلك يجهل في المقسم عليه فلا يجوز ولابي يو ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره
والجواب هو الجواب ولابي ح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض فلا يتعدى
اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف في القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة
وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ونقض بما ذكرنا ان احد الدليلين المذكورين في المتن لابتنائه على
نفي القياس وفيه اشارة الى الجواب عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة
فهو في حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه
التحالف عند ابي ح ايضا دون هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض
تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة تتجدد وكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر
في الباقي والثانية نفي الالحاق بالدلالة وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يو ومحمد كما ذكرناه ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم
وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالفين الخ وانما لم يختلف صفة التحالف في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس
بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب واختلفوا في تفسيره على
قول ابي يو فمنهم من قال يتحالفان على القائم لا غير لان العقد ينفسخ في القائم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف
بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع حلف وكان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من
الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى
البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان
القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ بعد ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي اقر به
المشتري ويسقط عنه من الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على

على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض
فاذا اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة
يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري

النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا
وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة
الهالك والبائع ينكره وطولب بوجه تعين قيمة يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته في حق انقسام الثمن دل على ذلك
مسائل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد
والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض
قال ظهير الدين هذا اشكال هائل ورد به على كل قوم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يخايل لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من
المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو
التحالف اما في الحي منهما فظ وكذلك في الحي منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في
الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال يلزم المشتري
قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ما قاله
صاحب النهاية وغيره من الشارحين واقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب
فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه
لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد منفسخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير منفسخ
نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته
يوم القبض نظرا الى الانفساخ وايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فبينة البائع اولى لانها اكثر
اثباتا لا ثباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما
كان في قيمة الهالك ثم ذكر المص هو على قياس من يتبع وهو ظ مما ذكرنا وذكر الفقيه ان القول ههنا قول البائع والبينة ايضا بينته
مع ان المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا
انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك لان كلا من اليمين والبينة يبتنى على امر جاز ان يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما
كذلك فبنى الايمان على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظ لان الشاهد يخبر عن فعل غيره
لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل او تلجئة او غير ذلك واذا ظهر ذلك هذا جاز ان يكون
القول للبائع لانه منكر حقيقة اذ هو اعلم بحال نفسه وان يقبل بينته لانه مدع في الظ واذا اقام البينة ترجح بالزيادة
الظاهر على ما مر وفي كلامه نظر لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة
الحال وهو مفرع على المدعى فان توجه اليمين على احد العاقدين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة ولكن
ان يجاب عنه بانه دليل اني والفرق بين عند المحصلين قوله وهذا اي ما ذكر في الاصل يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف
في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال ومن اشترى جارية ومن اشترى جارية ونقد ثمنها وقبضها
ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن
وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع لا تنفسخ الا
بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله فنحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع المطلق

والاقالة

والاقالة فسخ في حق المتعاقدين فلا تدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس
يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض و
الوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك
غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري
التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع المبيع بعد
الاقالة فلا تحالف عند ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل
واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال ومن اسلم عشرة دراهم
ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة
التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا تحتمله لكونها فيه اسقاط المسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف
الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا يرى ان رأس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب يعني قضى القاضي بذلك لا يرتفع الاقالة ولا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين عاد البيع
وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان
المسلم فيه سقط بالاقالة قيل المعقود عليه قد فات في اقالة السلم وفيما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فالفرق لمحمد في
اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب بان الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه
والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ قال واذا اختلف الزوجان في المهر اذا اختلف الزوجان في المهر
فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة اما قبول هذا
المرأة فظ لانها تدعي الزيادة واما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه
مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا وان اقاما فلا يخ اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة بينة المرأة
لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وان
عجزا عنها تحالفا عند ابي ح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه
بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح فيفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح
ليس في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح لا يفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من العاقدين مدعيا
ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانما لا يفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع
انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسمية وهذا على طريق تخصيص
العلل والمجوز مخلص ومخلص غير معلوم قوله ولكن يحكم مهر المثل استدراك من قوله ولا يفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع
النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظ شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى
بما قالت لذلك وان كان اكثر مما اعترف به واقل مما ادعته قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا
الحط عنه قال المص ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب
نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها انما هو بالتحالف فلهذا تقدم التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج

او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان بينهما ففي خمسة وجوه واما في قول الرازي فلا تحليف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم
يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما
ادعته او اكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى
ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير
الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما واقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره لا يجوز ان يكون اصح فذلك كلام وان ارادوا ان غيره
فاسد فلا نحو ما قال صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل
ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه
ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة
فلا يجعل حكما وبدأ بيمين الزوج عند ابي ح ومحمد تعجيلا لفائدة النكول فان اول التسليمين عليه كما في المشتري وتخريج الرازي
بخلافه وهو التحكيم ولا ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق
وبعده الا ان ياتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية
فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل ولا في ميشهد له فالقول له وان كان بينهما تحالفا وهو تخريج فخر الاسلام وهو تخريج
الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان ولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها
لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجب القيمة **قال** وان اختلفا في الاجارة اذا اختلفا في الاجارة في البدل اي الاجرة او
المبدل فاما ان يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه
بالحجة وان اقاماها فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة الموجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان في المنفعة فبينة المستاجر لذلك
وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرة وذاك شهرين بخمسة فيقضي بشهرين
بعشرة وان عجزا تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء
المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونها عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر
لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر تعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا
على الآجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم
يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فيقع انكار المستاجر لزيادة الاجرة
فيحلف وان وقع الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الآجر لذلك وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول
قول المستاجر وهذا عند ابي ح وابي يوسف ظ لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل محمد لان فائدة
التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الاجارة واما
المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين
بحلفهما ان لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع
يمينه لانه هو المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة
كان ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر

لان

لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول فيه قول المستاجر بالاتفاق
بخلاف البيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل **قال** واذا اختلف المولى والمكاتب في
مال الكتابة اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي ح وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول
الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي
استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه في الثمن
فيتحالفان ولابي ح ان الكتابة عقد معاوضة ويجب البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في
الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لا بد له من
مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة للحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري
يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون للحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا
مقابلة فيقع اختلافا في قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر
قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس و
الدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجر وهي ما تستر المرأة على استدارة
رأسها كالعصابة وتسمى بذلك لانها تقي الخمار وكالملحفة فهو للمرأة مع اليمين بشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي
الا اذا كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال واشباه ذلك فح لا يكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك
اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما في
يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو
يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل النساء فاذا وقع
الاشتباه ترجح بالاستعمال ويندفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما
فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص لان المراد ما هو بالاستعمال الا بالشبه ولم نشاهد استعمال
الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآلات في ايديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين ولا فرق بين ما اذا كان
الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان
لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي ح لان المذكور من حيث التفصيل
ليس قوله خاصة فان كان ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى
هذا قوله وقال ابو يوسف تدفع للمرأة ما يجهز به مثلها معناه ما يصلح لهما والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي
بالجهاز وهذا الظاهر اقوى لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج واما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا
والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما
يصلح لهما فللرجل ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي ح من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الزوج و
القول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله في الطلاق والموت سواء لقيام الوارث
مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحيوة لان الحر اقوى لكون اليد يدا لنفسه من كل وجه ويد

تكون هذه المسئلة من المسائل
التي تثبت بالانقلاب

المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين ما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة لذلك وعند ابي يوسف للحي منهما بعد الممات حرا كان او مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمملوك خارج اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما .

فصل فيمن لا يكون خصما اخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي **قال** وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه اذا ادعى عينا في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه او آجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا يندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى يندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا يعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق وفي الثالث كذلك عند محمد رح كالاول عند ابي حنيفة رح وهذه خمسة اقوال فلهذا لقب المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقب بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينة الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب ان مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه ويثبت وقوله البناء على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا اقامت البينة على الطلاق فانها تقبل في قصر يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولا معتبر به ووجه قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال الزم اثبات اقراره بنفسه ببينته وهو غير معهود في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا تقبلها واما وجه الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فلوجهين احدهما احتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه والثاني انه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي واما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني

وهو قوله

وهو قوله ما احاله الى معين آخر فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله صلعم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه ووجه قول ابي حنيفة رح ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين ان المودع غير المدعى عليه فان الشهادة تفيد ان يده ليست بيد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت وقوله والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيدفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة **قال** وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة على الوديعة لا يندفع الخصومة لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتردد بين ان يكون له او لغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا يصح الدعوى على غير ذي اليد ويده مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت انه لغيره فلا يكون خصما وان قال المدعي سرق مني واقام ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه لم يندفع الخصومة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد يندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه فان قيل اذا لم يندفع الخصومة عنه فربما يقضي بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الترجيح اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين لم يقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقط الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكه

باب ما يدعيه الرجلان لما فرغ من ذكر حكم الواحد بين المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين **قال** وان ادعى اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا اي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحدة منهما او يصار

الى القرعة لانه عم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في امر بين يدي رسول الله عم واقاما البينة فاقرع رسول الله عم بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله عم واقاما البينة فقضى به رسول الله عم بينهما نصفين وعن ابي الدرداء ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عم اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى رسولنا عم بينهما نصفين في الجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرج له وكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولانه كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان راه يشتري فشهد على ذلك والاخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل منهما نكاح امراة اي نكاح المراة من رجلين اما ان يكون متعاقبة او لا فان كان الثاني فلا بينة لهما فاما ان تقر لاحدهما او لا فان كان الاول فهي امراته لتصادقهما وان لم تقر لم يقض لواحد وان كان ثم بينة فمن قام البينة فهي امراته وان اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما او دخل بها او لا فان كان ذلك فهي امراته لان النقل الى بيته والدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانها تقبل لان الصريح اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ فهي امراته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض بواحد منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما فانها اقرت له انه تزوجها او تزوجها قبل فهي امراته لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وتعارض ان يقول قوله صاحب الوقت الاول اولى والحلبين يحلى لانه انما يكون اولى اذا كان الثابت بعده بينة لا يحتمل نقضا العقد فيهما اما اذا احتمل ذلك فيتساويان لجواز ان الاول طلقها وتزوجها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان في دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة وان كان الاول فاذا انفرد احدهما والمراة تجحد فاقام البينة وقضي له بها ثم ادعى الاخر واقام بينة على مثل ذلك الحكم بها لان القضاء الاول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه الا ان يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فيقضي له لان ظهر الخطا في الاول بيقين قوله وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج وهو بانه قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد اي عبد في يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المص معناه من صاحب اليد احترازا عما يأتي بعد هذه المسألة واقاما على ذلك بينة من غير تاقيت فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه ان كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما في الملك المطلق واقاما البينة وان شاء ترك لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل غرضه في تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم عاين سببا في وقت اطلق الشهادة به فان قضى القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا

عليه

عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه حيث له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الاخر وقوله حيث له ان يأخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار له وهو غلط ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا لكنه في يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان ما مع البعد بعدية زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير القابض قد يكون مما ينقض اليد وقد لا يكون فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمة محتاج الى اثبات الملك لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وذي اليد فكانت بينة الخارج اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكر الاخر يعني بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى لان بذكر الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فانه ينقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا قال المص معناه من واحد احترازا عما اذا كان من اثنين كما سيجيء واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى احدهما الشراء والاخر الصدقة والقبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الوجهين في ان الشراء اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع الى المال اي بما يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح لما يرجع الى المال لان الترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا اي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى صحيح وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كما اقام البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابي حنيفة اما عند ابي يوسف ومحمد فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي ومكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها قال واذا ادعى احدهما الشراء اذا ادعى احدهما الشراء وادعت امراة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة

فان كل واحد منهما عقد بها وضمن يثبت الملك بنفسه للمراة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشترى عليه بنصف الثمن ان كان نقده
اياه وهذا عند ابى يوسف وقال محمد الشراء اولى لان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا
النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجز المراة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزوج على ملك الغير
صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فيتعذر تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار جواب
ابى يوسف على ما قاله محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر الشراء فهما سواء
في حق ملك العين واذا ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى
لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم
الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع ولا يرد الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى
من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وان اقام الخارجان
البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك
الا من جهته والفرض ان الاخر لم يتلق منه وهذا قول ابى حنيفة وابى يوسف آخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ
عبرة وان ارخ احدهما دون الآخر ففي النوادر عن ابى حنيفة انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك
المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابى يوسف يقضى لمن ارخ وعلى قول محمد يقضى لمن لم يورخ لانه يدعى اولية الملك وسياتيك تمام
بيانه ان شاء الله تعالى ولو ادعيا الشراء من واحد واقاماها ولم يورخا وارخا وتاريخهما على السواء قضى به بينهما وان ارخا تاريخين
متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشترى من غير
مالك فكان باطلا قيل لا تفاوت فيما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البائع واحدا او اثنين وانما التفاوت بينهما اذا وقت
احدهما دون الاخرى على ما سنذكر بعيد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت في سائر قبل ص
الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى انه
اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كان اقام احدهما على الشراء
من زيد مثلا والاخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا وادعيا
وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء
ترك ولو وقت احدهما دون الاخرى قضى بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم
بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به لان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا ولو عاينا بيع الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره ولقائل ان يقول لا حاصل
الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته الخ واما الثاني فمشترك بين المسئلتين وذلك
لا مدخل له في الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب
ان لذلك مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك
غيره مشكوك ان تاخر لم يضر وان تقدم ملك فعارضا فترجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يتعاقبا متعاقبين جاز ان
يقعا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة القوة عن الترجيح لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل واخر الهبة والقبض

من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم ارباعا لانهم يتلقون
الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق واطلاق الباعة بطريق التغليب لان البائع واحد من
المملكين فكان المراد من مملكيهم قال وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب
اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابى حنيفة وابى يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا يقبل بينة ذى اليد رجع اليه محمد
روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذى اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج
وقال لا اقبل من ذى اليد بينة على تاريخ وغيره الا النتاج لان النتاج دليل على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا
على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق
من الاخرى حيث كان الاسبق اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا
ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذى
اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقدمر قبل هذا بينة ذى اليد ان العين بيده وديعة
حتى يندفع عنه دعوى المدعى عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذى اليد على الدفع صار هنا بينته بذكر التاريخ الاقدم
متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كان الدار
في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابى حنيفة وابى يوسف وفي قول محمد لا معتبر بالوقت لما بينا من الدليل في الجانبين
ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك فوقت احدهما دون الآخر فعلى قول ابى حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال
ابو يوسف وهو رواية عن ابى حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب
التاريخ اولى وقد مر ولهما ان بينة ذى اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع هنا الا انه انما يكون اذا تعين
التلقي من جهته وهنا وقع الشك في ذلك لان بذكر تاريخ احديهما لم يحصل اليقين بان الآخر تلقاه من جهته لامكان ان
الاخرى لو وقت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذى اليد اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما
فاقام احدهما بينة على ملك مورخ والآخر على الملك مطلق فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابى يوسف قيل لا يستقيم لقوله
ان بينة ذى اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم يقل بذلك والا لزمه المسئلة الاولى واجيب بان ذلك
يجوز ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسئلة بحالها اى وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق ولم توقت
الاخرى فهما سواء يقضى بينهما نصفين عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف الذى وقت اولى وقال محمد الذى اطلق اولى لان الاطلاق
دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاصل وملك الاصل اولى
من التاريخ ولابى يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين
ولابى حنيفة ان التاريخ يضامه اى يزاحمه عدم التقدم لان الذى لم يورخ سابق على المورخ من حيث ان دعوى الملك المطلق
دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المورخ
واذا كان غير المورخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان المورخ ايضا كذلك فاستويا في السبق فيجعل كانهما ملكا معا
وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار وقوله بخلاف الشراء
جواب عن قول ابى يوسف ومعناه انهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات

ويترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة بالنتاج
فذو اليد اولى وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي
اليد لان الخارج يثبت بها اولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها
استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا تدل عليه اليد وهو الاولية
بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعد
اما قبله فظ واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لا يتكرر
فاذا ظهرت بينة دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا واعلم ان بينة ذي اليد انما تترجح على بينة
الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج
اولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت
اصلا فكانت اكثر اثباتا فهي اولى قوله وهذا اي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا
لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين
لان نتاج دابة مرتين غير متصور كمسئلة كوفة ومكة ووجه صحة ذلك ان محمدا ذكر في خارجين اقاما البينة على
النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي تيقن بكذب
احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء
على ان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة للانفصال من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة والفائدة تظهر في التحليف فعنده
العامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف ولو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل فكان ههنا
بائعان واقام البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضى به لذي اليد كان البائعين
قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضى به لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على
النتاج فصاحب النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر الا من جهته
ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا
عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان اعاد ذو اليد بينته
قضي له بها لترجح بينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضي بها للثالث وكذا المقضي عليه بالملك المطلق
اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص دلالة على الاولية قطعا فكان القضاء واقعا
على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك
وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لانه باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان
خطأ فلا يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح
بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت
بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال
القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول قال

وكذلك

وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من
بينة ذي اليد وما ذهبنا اليه استحسان ترك به القياس لما روى جابر رض ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام
البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلعم بها للذي في يديه فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه مما لا يتكرر
من اسباب الملك اذا ادعاه به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل
ثوبا انه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه من ملكه او لبدا بانه
صنعه او مرعزا وهي كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا بانه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد
مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما
يتكرر من ذلك قضي به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى
وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خز او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة
انها ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب اقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضي به للخارج
لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما في الباقية فان البناء يكون مرة بعد اخرى وكذلك الغرس
والحنطة والحبوب تزرع ثم يغربل التراب فتميز الحبوب ثم تزرع ثانية واذا لم يكن في معناه لا يلحق به فان اشكل شيء لا
يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى العدول من اهل الخبرة ويبنى الحكم عليه قال الله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان
كنتم لا تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول كان بخبر النتاج كما
روينا فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال واذا اقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو
اليد اولى لان الخارج ان كان يدعي اولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي في هذا فصار كما لو اقر ذو اليد بالملك
للخارج ثم ادعى الشراء منه واذا اقام الخارج البينة انه اشتراه من ذي اليد واقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا
تاريخ معهما تهاترتا وتركت الدار في يد ذي اليد قال المص هذا عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد يقضى بهما لامكان العمل بهما
وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا
يعكس اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد ولم يقبض ثم باعها اياه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا
يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين
وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك يعني ان السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا
لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد تاني
ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب مفيدا لحكمه بالنسبة اليه فيبقى القضاء بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد الفريقان
على نقد الثمن فالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن
فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاص
الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان
دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار تتهاتر الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار ان
بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا واذا

جاز البيعان وإن لم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول تساقطا فيقع العين على صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لان الجمع غير
ممكن لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن وان وقتت البينتان في العقار ووقتين فاما ان يكون وقت الخارج
اسبق او وقت ذي اليد وكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض قضى بها لذي اليد عند ابي ح وابي يو فيجعل
كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك
صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا
اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم
اليه والمص جمع الوجهين في قوله فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات القبض
او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر من عارية او اجارة باعتبار اثبات القبض قال وان قام احد المدعيين شاهدين والآخر
اربعة وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح
لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها الا يرى ان خبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر
ترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة يترجح على المستورة بالعدالة لانها
صفة الشهادة ولا يترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد نصاب كامل قال وان
كانت الدار في يد رجل اذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميع الدار والآخر نصفها واقاما البينة
فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي ح باعتبار طريق المنازعة وعندهما هي بينهما اثلاثا باعتبار
طريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند ابي ح ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام
شيء آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي
بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب
حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة
كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا على
هذا الاصل الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة اما على اصله فلان السبب
لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق
المنازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل
واحد من المشتريين كان في الثمن فيتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا فعلى اصل ابي يو سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة
وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة فنقول مدعي النصف لا دعوى
له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق
يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فيحصل لصاحب الجميع ثلثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما
حق كل واحد من المدعيين في العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه
فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب صاحب
الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها المختصرات قال المص قد ذكرناه

في الزيادات

في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون المشترك
اذا ادانه احد المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي
عند ابي ح بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فتذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج
قال ولو كانت دار في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده لئلا يكون
في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي
النصف لا يدعي على الآخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقاماها فله
جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد وبينة الخارج
اولى فيقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى
فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا
وسن الدابة توافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت شهادة الحال له فيترجح وان اشكل ذلك
كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما اقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان احدهما ذا
اليد فان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضى بها لذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار التوقيت
بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ تهاترت البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد
قوله وان خالف سن الدابة الوقتين يعني في الخارجين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك
مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا فيترك الدابة في يد من هي بيده قضاء ترك كانهما لم يقيما
البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب هو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة
وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين
لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما
وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطل البينتان
وبقي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف يترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق وهذه
الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين
لا يقضى لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما
ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة
مع وجود المكذب قوله واذا كان عبد في يد رجل فاقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهما سواء لان المودع
لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفان فصل في
التنازع بالايدي لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول
اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد قال واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والآخر
متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج و
الآخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل لنا طي هذه الرواية من النوادر واما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف

ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانه بينهما قولاً واحداً لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل
فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا
ولهذا يصير به غاصبا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق
القضاء لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس شيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس
بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في ايديهما ولهذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث
لم يقض بها بينهما الا بطريق الترك ولا يمين لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيهما قد يكون بالاختطاط لدور و
ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في حكمها الذي ثبت يد المختط له فيه عليها لم يتحول الى محل آخر فكان يده ثابتة عليها
حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا تجوز القضاء لعينه لان شرط جوازه العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعيين ولم
يوجد واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك
باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والآخر اربعة وفيه اشارة
الى الفرق بين هذا وبين مسألة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا
كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخ اما ان يكون الصبي ممن يعبر عن نفسه اولا فان كان الاول فان لم ينف فهو عبد لذي اليد
وان نفاه فقال انا حر فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتايد بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال انه عبد لفلان
غير ذي اليد فهو عبد لذي اليد لانه اقر انه لا يد له على نفسه باقراره بالرق قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة واقواله
فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين واجيب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد لا
انه عند معارضته اياه بدعوى الحرية لا يتقرر عليه وعند عدمها يتقرر فيكون القول قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا
كان في يده وان كان الثاني فهو عبد للذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع لا يد له على نفسه واعترض بالملتقط اذا
ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وما بال الرق من العوارض اذ الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب
ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن الاول بان فرض الالتقاط تضعف اليد لان الملتقط امين في اللقيط ويد
الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه
واليد على من ذلك شانه لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق
عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي
جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال له بالفارسية
وردوك فهو اي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب
تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل ببنائه
مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف
لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة
في الاخرى واما اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم
ان مراد الاتصال ما يكون اتصال مجاورة وملازقة وعند التعارض اتصال التربيع اولى وقوله والهرادي ليس بشيء يغني قول

محمد

محمد في الجامع الصغير بناء على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف
وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط و
لاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء قضي به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء ترك وان لم يعرف
كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما الا انه يقضى بينهما ولو كان لكل
واحد منهما جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى
للجذوع الثلثة كما يبنى لاكثر منها وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية
كتاب الاقرار وقال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر مسمى وقد اشار
اليه المص في رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب
الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في المساحة المشتركة
بين صاحب بيت وصاحب ابيات كما نذكره وقيل يكون ذلك على قدر خشبهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط
في موضع القيل الاول واكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لعشر خشبات لا لخشبة واحدة قوله والقياس
رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلثة الخ يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب
الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على
الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر
خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاولى ان الحائط تبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا
لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به دفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز
ان يكون اصل الحائط للرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره
المص من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان
بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال
وعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في احد طرفي
الحائط المتنازع فيه فالاول اولى لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى وممن رجحه شمس الائمة السرخسي
ويروى ان الثاني اولى لان الحائطين بالاتصال صارا كبناء واحد ومن ضرورة القضاء ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك
ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة
وهذا رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار
عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما
نصفان لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون احدهما اكثر
والآخر دون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر
هدبه حيث يقضى لصاحب الهدب اذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما
مشتركة واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر كالاجنبي عنه فالغي والشرب يحتاج

الية لا اراضيهم ومن الارباب فبكثرة الاراضي تكثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حوله فيه واما في الساحة فالاحتياج
الارباب فيما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض
باب الدار قال واذا ادعى رجلان ارضا اي ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد
واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة
يتعذر احضارها لا بد من البينة لانها يثبت بها ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة
تقام على خصم وحيث لم يثبت انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان خصما للغير باعتبار
منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون مدعيه خصما فان
اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا
هذا قول ابي حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسألة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا كانت الدار في ايدي ورثة حضور كبار اقروا
عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسم بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات
وتركها ميراثا لهم وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما قسمها بينهم باقرارهم ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل
لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج الى الحفظ فما لم
يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما في يده حلف كل واحد منهما ما في يد
صاحبه على البتات فان حلف لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال
وان نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها
الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعيا ارضا صحراء انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك وواحد منهما لبن فيها او بنى او حفر
فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب باب دعوى النسب
لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه قال واذا باع جارية
فجاءت بولد اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او
لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا
او على التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر فادعاه البائع وحده فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر
والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا يسمع دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل
ان ابيعها واذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان انا تيقنا باتصال العلوق
في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها وقوله
ومبنى النسب على الخفاء جواب عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه
التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصار كالمرأة اذا اقامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلاثا واذا صحت الدعوة
استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن اذ كان مقبوضا لانه قبضه بغير حق و
ان ادعاها المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى
الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لثبوت نسبه من المشتري واذا ادعيا

معا

معا يثبت النسب من البائع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة
تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية
فكان البائع اولى قوله وهذه دعوة استيلاد جواب دخل تقريره كيف يصح الدعوة والملك معدوم ووجهه انها دعوة استيلاد
وهي لا يفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري
بعد البائع لاستغناء الولد عن النسب وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري اولا فان كان
الثاني فلا يصح دعوة البائع لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول ثبت النسب
ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق
في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام ولد واذا لم تصر ام ولد بقي الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله
والبائع ليس بمالك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي
وان جاءت به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم يقبل دعوة البائع فيه لاحتمال ان لا يكون العلوق
في ملكه فلم يوجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في مسألة الاولى لتصادقهما
واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمله اولى
ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعياه معا
او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم بانها ولدت بعد البيع
لاقل من مدة الحمل ولا لاكثر من اكثرها ولما بينهما فالمسألة على اربعة اوجه ايضا فدعوة البائع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري
لعدم تيقن العلوق في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة
لا يمنع دعوة المشتري وان ادعيا معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة
كان النسب للبائع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري
يثبت من وجهين وفي جانب البائع من وجه واحد فكان المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا وان ادعياه
متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما
قال فان مات الولد فادعاه البائع الاصل في هذه انه اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة ويمنع
ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة
للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به
لاقل من ستة اشهر ثبت نسب الولد واخذه لانه الاصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادها الحرية من جهته لقوله
اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلعم الا تعتقها ولان للتابع لها حق الحرية وله اعتقها
حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضره فوات التبع ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا يرد
حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا بناء على ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما
متقومة فيضمنها وذكر المص رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام
وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فاصاب الام يلزم المشتري وما

اصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشتري اعتق الولد فقد عتق باطلة اذ لم يصدقه
المشتري في دعواه وذكر الفرق استظهارا فانه كان معلوما من مسئلة الموت والاصل في هذا الباب اعني به ثبوت حق العتق
للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما مر في الفصل الاول يعني فيما اعتق
المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع وهو الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان
قيل اذا لم يمنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه يقينا لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك
البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد ضرورة امية ام ولد البائع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله
وليس من ضرورته اي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورة ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد
المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب منه
وليست امه ام ولد له وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امة على انها حرة فولدت فاذا هي امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا
اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع بانه ولده قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة
والاستيلاد فيه وفي التبع قوله وانما كان الاعتاق مانعا بيان الجامع عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه ان
الاعتاق من المشتري كحق استحقاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فليس بعمل
احدهما على فعل الاخر ترجيح من هذا الوجه وفرق بما اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق
المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الاخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض العتق كما ترى و
اجيب بان التوامين حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب للاخر وللقائل ان
يقول اذا كانا كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في الاخر والا لزم ترجيح الدعوة
على العتق وهو الغلط والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الاخر لزم ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد فكان
عورض بان البائع اذا ادعى النسب في الذي عنده كان ذلك سعيا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير منقوض فلا معتبر بتمويه
ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستحقاق فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت للبائع في الولد حق الدعوة
وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة
وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى
فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان بناها على تملك اهل الحرب ما استولوا
عليه من اموالنا بداهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فعملنا بالاخذ بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه
لا يحتمل النقض وقد ثبت بعض اثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله وقوله في الفصل الاول يريد به ان ما نقل
من الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح
كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد بحصة الولد من الثمن بخلاف
الموت وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم انها ام ولد حين جعلها معتقة المشتري او مدبرته فلم يبق لزعمه
عبرة واما في فصل الموت فهو ما لم يكذبه الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه في رد جميع الثمن والذي اختاره المص
ما ذكره شمس الائمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم

يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري فيها قيل الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري و
حصة للولد الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو
كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه بالدعوة قال ومن باع عبدا ولد عنده والاصل في هذا ان اذا
حدث في الولد ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري
من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله فينقض لاجله وكذا
اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض
لاجل ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب
من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه وللقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية و
بالدعوة حقها فاني يتساويان واما الدعوة من المشتري ومن البائع فمتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح
ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت بلا شبهة وترجيح دعوة المشتري على
دعوة البائع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية ومن ادعى
احد التوامين ثبت نسبهما منه وكلامه فيه ظ وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما ودعوى النسب
في الاخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الائمة يجوز ان يقال غلامان توام وتوامان وقوله ويبطل عتق المشتري ان كانت
الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل وكلامه ظ وقد تقدم الكلام فيه سوال الاوجه ما
وقوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا اي على تقدير تصحيح الدعوة من البائع وقد تقدم
ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وهنا اي في مسئلة التوامين يثبت بطلان اعتاق المشتري في المشترى تبعا لحرية
الاصل الحرية التحرير فالضمير لحريته راجع الى المشترى بالفتح وقوله فيه يتعلق بقوله يثبت والضمير للمشترى كذلك وقوله
حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما ابدل بدل اشارة الى سبقها اليقين بذلك فالبيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا
فكان خليقا بالرد والابطال ولو لم يكن اصل العلوق في ملك المدعي ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع فيما باع
لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه بعدم شاهد الاصل بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال
لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على المحل ولا يتعدى فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوامين و
ابوه الاخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه ثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على المحل ولا بد مع عدم شاهد
الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى اخر وهو ان المدعي ان كان هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان
هو الابن فالاب قد ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير قال واذا كان الصبي في يد رجل اذا كان الصبي في
يد رجل فقال انه ابن عبد فلان وابن فلان الغائب لا على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم يصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا
ولا مستقبلا اما حالا فلوجود المانع وهو تعلق حق الغير واما استقبالا فلان الغائب لا يخ حاله عن ثلث اما ان يصدقه او
يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا يصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من
جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره
على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كانه لم يقر احد

وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري انا اعتقته فان
الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم
يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيب
نفسه ولابي ح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان
الاقرار بالنسب يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع فيما اذا اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق و
تعلق حق المقر له به وتكذيب العبد لا يبطل شيئا منهما اما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه
على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت
شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا يصح وكذلك اوردها المص وذكر الاسبيجابي انه على الخلاف
لا يقبل عند ابي ح خلافا لهما قوله ومسئلة الولاء جواب عن استشهادهما بها على الخلاف فلا تنتقض شاهده سلمناه ولكن
الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب في صورة معروفة وانما لا يبطل اذا لم يعترض ما يبطله ولم
يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان
الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر ان
النسب مما لا يحتمل النقض وهذا الصلح مخرجا اي حيلة على اصل ابي ح فيمن يبيع الولد ويخاف المشتري عليه الدعوى بعد ذلك
فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره قال واذا كان الصبي بيد مسلم ونصراني واذا كان الصبي بيد مسلم ونصراني فقال النصراني
هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض
ههنا لان النظر للصبي واجب ونظره فيما ذكرنا اوفى لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة
وفي عكسه الحكم بالاسلام اي ينال الحكم به تبعا وحرمانه عن الحرية اذ ليس في وسعه اكتسابها ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب
وهو قوله ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مع قوى الابوين الى الكفر آبائهم
مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر
للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم توجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي
النسب اب لان دعوته لا يحتمل النقض فتعارضت الآيتان ثم الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا لها كثيرة فكانت
اقوى من المانع وكفر الآباء جحود والاصل عدمه الا يرى الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رق
فيقطع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله اعلم بالصواب فلو كانت دعوتهما
دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه
ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان في البنوة ولم يترجح جانب الاسلام
واجيب بان البينتين ثم ان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم
المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم المولود وبينة من
يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يتقوى بقوله م البينة على المدعي
لانه اشبه المدعين لكونه يدعي حقا لنفسه قال واذا ادعت المرأة صبيا اذا ادعت المرأة صبيا انه ابنها فلا بد ان يكون ذات

زوج

زوج او معتدة او لا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا
حاجة الى الحجة وان كذبها لم يجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة
وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عم قبل
شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند ابي ح الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف
من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت
النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت
ذات زوج او لا والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه من غير بينة وكل من يدعي امرا
يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها
من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل على احد فيها ولو كان
الصبي في ايديهما او ادعى صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر فالقول له ايهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظ قال ومن
اشترى جارية فولدت ولدا ثم استحقت باب دعوى النسب مسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولد
منه ثم يستحق الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر
الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رض يفك الغلام بالغلام و
الجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب رض عليه
قيمتها واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتأويل الحديث يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية
بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما
قوله ثم الولد حاصل بان لسبب الضمان وهو المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة
امانة لا تضمن الا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع
وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابنه لانه حر الاصل
في حقه فيرثه ولا يقال ينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب وقن في حق المدعي لانه علوق حر الاصل في حق المدعي
ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وانه لو
قتله الاب ضمن قيمته بوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم
قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن للمشتري سلامة
المبيع بجميع اجزائه كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الغرور شملهما بخلاف العقر فانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها
وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته

كتاب الاقرار

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى
مع ذكر ما يتفرع من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب لان دعوى المدعي اذا توجهت الى
المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من
المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعدما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فالمحتاج الى المال لا يخلو اما ان يسترج منه اولا
فان استرج منه فلا يخلو اما ان يسترج بنفسه او بغيره وقد ذكرنا ساحبه في كتاب البيوع لمناسبة التي ذكرناها هنا كما

كتاب الاقرار

قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يسترح فلا يخ اما ان يحفظه بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه
لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة قال اذا اقر الحر البالغ العاقل الاقرار مشتق من القرار فكان في
اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق وشرطه سنذكره في اثناء الكلام وحكمه
انه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على المخبر به فان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقوله
الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عم رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها فانه اذا كان ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان
يكون ملزما في غيره اولى وهو حجة قاصرة اما حجة فلما تبين انه ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره
وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق
بانتفاء التهمة فيما يقر به على نفسه والتهمة باقية في الاقرار على غيره فبقي على التردد الذي لا يصلح للحجية وشرط الحرية ليصح اقراره
مطلقا فان العبد الماذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص
وكان هذا اعتذار عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا
اقر لزمه او لم يلزمه فساكت عنه فلا يرد عليه شيء ويصح ان يقال ليس بعذر وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة اقرارهم
بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون الماذون له وقوله لان اقراره الخ دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره
للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه عمد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لقصور الحجة بخلاف الماذون له
لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها وهو من التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان
اقراره لا يصح اذ قد لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونها معه وبخلاف الحدود والقصاص لان العبد فيهما مبقى على اصل الحرية
حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص
الآدمية والآدمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا
اذا كان الصبي ماذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحته لان الاقرار
اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه بقية حساب لا
يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد
تلزم مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر
له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد منا الف واذا اقر بالمجهول
يقال له بين المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه
بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصريح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شيء لزمه ان يبين
ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل فاذا بين ما له قيمة
فما يثبت في الذمة بحالة كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلسا او جوزة فاما ان يساعده المقر له او لا فان ساعده
اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا
انه اخبر عن الوجوب وكذا لو قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده
لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال محترم لا

يجري

يجري فيما بين الناس غالبا ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب
ذلك فكانت مكذبة في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم
بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف وعدم قبول البيان فيهما فالجواب
انه ترك حقيقته وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله تعويلا على العادة قال ولو
قال لفلان علي مال اذا قال في اقراره لفلان علي مال فالمرجع في البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله فيما بين الا فيما دون الدرهم
والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال الشافعي هو مثل الاول
وقلنا الغاء لوصف العظم ولا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والغني عظيم عند الناس والغني بالنصاب لانه
يعد صاحبه غنيا فلا بد من البيان به فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس وعشرون
لانه اقل نصاب يجب فيه الزكاة من جنسه وفي الدينار بعشرين مثقالا وفي الدراهم بمائتي درهم وان بين بغيره فلا بد من ان
قيمته النصاب هذا قول ابي ح ولم يذكر محمد قول ابي ح في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق
في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم يقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عدده الجمع
اللفظ فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكاة قال في النهاية والاصح ان قوله يبنى على حال
المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير
في ثلثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي ح وفي اقل
من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلثة عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي يصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف
فيها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة تعلق بالعشرة وباقل منه كما في السرقة والمهر
وبالمائتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا من اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن
العمل بها اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وقالا امكن العمل بها حكما لان في النصاب كثرة حكمية فالعدول الى
الالغاء وقال ابو ح الدراهم مميز يقع تمييزا لعدد واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال احد
عشر درهما ومائة درهم والف درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان
ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لانه اقل الجمع الصحيح الذي لا اختلاف فيه بخلاف
المثنى الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف
حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا في الشرع قال ولو قال كذا كذا درهما لانه كناية عن العدد والاصل في استعماله العبارة بالمفسر
فما له نظير في الاعداد المفسرة حمل على اقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم
واذا قال كذا كذا كان كاحد عشر وان ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا وكذا كان احدا وعشرين وفي
ان ثلث بالواو كان مائة واحدى وعشرين وان ربع زاد الفا ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان علي للايجاب وقبلي
ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر بهما بقوله وديعة صدق ويكون مجاز الايجاب حفظ المضمون والمال محله
لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المص وفي نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان
اللفظ ينتظمهما حيث صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها وكان قياس بين

يعني اذا وصف بالعظم

وضع المسئلة ان يذكر ما ذكره القدوري لم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية تشرح مسائل الجامع الصغير والقدوري لا ان
المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في
يده واليد يتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة
دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة و
الجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعا
لما دونه فتعين العكس ولو قال الرجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها كان اقرارا
بالمدعى لان ما اخرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور اولا فكانه اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه
في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل
حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكانه قال لا تقعد وزانا للناس ولم تكسب
المال واتزنا لدعوى الباطلة او نقادا او انقد للناس دراهمهم واما قوله اجلني فلان التاجيل انما يكون في حق واجب واما
في قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب فدعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة
يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له علي الف
الى سنة وقال المقر له بل هي حالة فالقول للمقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده
لغيره وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة في الدراهم
فيلزم على الصفة التي اقر بها وقد مرت المسئلة في الكفالة ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من
انكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع
تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس في الدرهم ايضا وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة والمبهم محتاج الى التفسير والتفسير
له ههنا لان الدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل
الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال
فيما كثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل
والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت
في الذمة دينا الا سلما والشاة لا يثبت في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها فبقي على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان
المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة
الى المقر لما بينا ان الثياب مما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا
بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما
جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا يصلح تمييزا للمائة لانها قرنت بالثلثة صار كعدد واحد **قال**
ومن اقر بتمر في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان
كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر او ثوبا في منديل وطعاما في سفينة
او حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل

وطعاما من سفينة لم يلزمه الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك
كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الا واحد لان الثاني لا يصلح ظرفا للاول فلغا آخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه
الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا اذا قال غصبت منه طعاما
في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب لا الاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب
للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى غصب العقار والنصل حديدة
السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة بيت تزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع
النون جمع عود وهو الخشب بقية كلامه يعلم من الاصل المذكور قوله لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب قيل هو نقض
على اصله بان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد مع ان عشرة اثواب حرير لا تجعل وعاء للكرباس عادة قوله
على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كل واحد منهما موعى باحواء والوعاء الذي هو ليس
بموعى هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين قول محمد لا يعني ان
يكون في معنى البين قوله لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المال وعشرة دراهم
وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق **فصل** لما كانت مسائل الحمل مغايرة
لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط **قال** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر للحمل
فاما ان يبين سببا او لا فان بين فاما ان يبين سببا صالحا او لا فان كان صالحا كان يقول اوصى له فلان او مات ابوه فورثه
فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار
فان جاءت به في مدة يعلم فيها انه كان قائما اي موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لزمه وان جاءت
به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك واما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا ان جاءت به ميتا
فالمال للموصي والمورث يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت
بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل
حظ الانثيين وان كان السبب غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا لعدم تصور هما من الجنين لا حقيقة
وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه فان قيل كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين
كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب ذلك لانه ان لم
يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنائبه وهو القاضي او من يأذن له القاضي واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة
الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وصححه محمد لان الاقرار اذا صدر من اهله
مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل بحمله على السبب الصالح
حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد لكونه صداقا او دين كفالة و
الصحة لكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا
حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد في حال رقه فيصير به لا لة العرف كالتصريح
ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد واوصى بحملها لرجل ومات والمقر

وارثه وربما لجاريته عالما بوصيته موته واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة لانه من اهل الميراث في الحمل
في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام فالاقرار صحيح يلزمه ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة وهي
قوله علي ونحوه والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم
اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما باشره في العقود ليتغير به صفة العقد وتخيره بين فسخه وامضائه

باب الاستثناء وما في معناه لما فرغ من ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء
وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي ومنفصل
وهو ما لا يصح اخراجه **قال** ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي
فلان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط
الاتصال فلانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضه جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى اقل
او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم يتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل
الا قليلا نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون
رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء
بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المص في الباب الاول من الزيادات استثناء الكل من الكل انما لا يصح
اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا
عمرة وزينب وسعاد حتى اتى على الكل صح وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بعين اللفظ الاول لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد
الثنيا لانه انما صار كذلك ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض
ما تناوله الصدر الاول والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بغير ذلك اللفظ فانه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان
قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى راسا فما وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا ترى انه اذا قال انت طالق
ست تطليقات الا اربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على
الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا فكان اعتباره اولى ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز
حنطة صح عند ابي ح وابي يوسف ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز خلافا لمحمد ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي
وقوله فيهما في قول محمد والشافعي يعود الى المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز وذلك مقدر وعلى
الثوب وهو غير مقدر لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلك لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس للشافعي
ان الشرط لا اتحاد الجنس هو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام المص كما ترى يشير
الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق وقد اول الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على
ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن
نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى فهو محتاج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول لنا ولابي ح وابي يوسف ان
شرط الاستثناء المتصل المجانسة ومعنى المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام
في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهر

واما المقدرات

واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا وصفت ثبتت في الذمة حالا او مؤجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه
بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدارا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف
فصار بقدره مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو في معنى
السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدارا للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى
يوجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدارا من حيث اللفظ او القيمة والاول مسلم
وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات بقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس
او معناه بما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات **قال**
ومن اقر بحق وقال ان شاء الله ومن قال لفلان علي مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو
مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق عند ابي يوسف لا يقع الطلاق
لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فوقع وكيفما كان
لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك لما ان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما
سبق والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا نوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في
الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت واذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة
فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم **قال** ومن اقر بدار
واستثنى بناءها لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار
مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى من متناول اللفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ
الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري
واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانها
تدخل فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا مقصودا حتى لو استحق
البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا
منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء
فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء لا يتبعه بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان
حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين احدهما
ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما الاخر كالارض
والبناء فان كان لشخص فقط وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار
الاول لما صح لم يصح جعل البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له لان الاقرار به يستتبع
التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي
كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح والثاني
عكسه فيصح **قال** ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فاما ان ذكر عبدا

بعينه اولا فان كان الاول فهو على وجوه احدها ان يصدقه المقر له فيقال ان شئت سلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك لا بينهما
تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا تصادقا وثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن
على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك
كان حكما بما لا يدعيه احد وذلك باطل والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال لازم
على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك علي الف غصبته منك
وقال لا بل استقرضته مني ولا تفاوت في هذا بين ان يكون العبد في يد المقر او المقر له والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه
وفيه لا يلزم المقر شيء لان المقر بالمال الا عوضا عن العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم للمقر له بدله وفي هذا ايضا لا تفاوت بين
كون العبد في يد المقر او في يد المقر له فانه اذا كان في يد المقر اخذ العبد ولو قال مع ذلك اي مع انكار العبد انما بعتك غيره يدعي
لزوم المال ببيع عبد آخر تحالفا لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكر واذا
تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده وان كان الثاني لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي ح وصل او
فصل لانه رجوع عما اقر به فان اقراره صح رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع
مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد او طارئة كما اذا اشترى عبدا ونسيه عند الاختلاط بامثاله يوجب هلاك المبيع لعدم
القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط نقد الثمن فاول كلامه اقرار يوجب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا
يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد المقر له اما ان يصدق المقر في الجهة اولا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما
سياتي وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق لان اول كلامه موجب
وآخره قد يغيره لانه يحتمل انتفاءه على عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان اقر انه باعه
متاعا الخ وانما عبر عنه لذلك ليعلم ان الحكم في المتاع حكم العبد في قوله وبه لا يتاكد الوجوب اي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا
يتاكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن
عن المشتري لكنه يتاكد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه
الطالب في السبب شرط فلا بد من جواب وقوله وبه لا يتاكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم
الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار
لذلك ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب كان القول له لانه بمجرد السبب لا يتاكد لكنه يتاكد بالقبض
كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له ولو قال ابتعت منه وفي بعض النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها
عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب
الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المص وفيه نظر فانه انما كان
كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي
الف من ثمن خمر او من ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي ح وصل او فصل اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر
بوجوب الالف ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين باخر
كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على

هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا كما اذا قال في آخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق
لان صيغته وضعت له والتعليق بين اهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال
في صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا او مفصولا
ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قرض الف وبين انها زيوف او نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي ح وقالا
ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص لكن على احد قولي ابي يوسف فان في رواية
عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما
انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء
لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرهما آخرا كان بيانا مغيرا
فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي ح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي
السلامة عن العيب فلم يكن داخلا تحت العقد ليكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك
معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة ليست من جنس الاثمان و
البيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواها رجوعا قوله وقوله الا انها وزن خمسة جواب عما استشهدا به
ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز
كاستثناء البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة ضد
الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انهما ضدان
دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الخلقة السليمة والحنطة قد
يكون ردية في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء
بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فيصح موصولا كان او مفصولا وعن ابي ح
في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض
يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد هي المتعارف والمطلق ينصرف
الى المتعارف والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف
ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال يصدق بالاجماع اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولها
ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها
شرعا لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء ولو قال غصبت منه الفا او قال اودعني الفا ثم قال هي زيوف
او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها
بخلاف الاستقراض فان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي ح
ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان
يجاب عنه بان قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون
وح يجوز ان يكون متنوعا او عيبا والضابط في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كان

نوعًا وذلك لانهما لما اقتضيا تقييد بهما فلا يمكن ان يكون الزيافة نوعًا منها لتباينهما لكنهما فيهما سنا في التضاد فكانت عيبا لان ضد
السلامة عيب واذا لم يقتضيا كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتمالها اياهما احتمال الجنس للانواع هذا والله اعلم بالصواب قوله
ولهذا اي ولاجل ان لا مقتضى له في الجياد لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له فان الاختلاف متى وقع في صفة
المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ الموجب للضمان فيهما
القبض هو موجود منهما قوله ولو اقر بالغصب او الوديعة ثم قال هي ستوقة او رصاص موصولا صدق لان الستوقة ليست من جنس
الدراهم كما مر لكن كلامه يحتمله مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل قوله ولو قال في هذا كله يعني المذكور من البيع والقرض والغصب
الفا الا انه ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار وقد تقدم بيانه ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو
وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا
لعدم الاحتراز عنه **قال** ومن اقر بغصب ثوب هذه قد تقدم وجهها ان الغصب لا يختص بالسليم قوله ومن قال لآخر اخذت
منك الف درهم المقر لها ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقولك اخذت وشبهها او على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول واتى بما لا
يوجب الضمان نحو ان يقول اخذت وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض
فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو
القرض والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية نحو ان يقول اعطيتني وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في
الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه وانكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو ينكر
فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده
سببا للضمان وكلامه ظ قوله والقول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر اما اذا كان فالقول للمقر
في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون بمجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه قوله في الصحيح احتراز عن قول
بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع فيكون له ان يلتزم لابي ح قوله ووجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له
وادعى استحقاقها وهو ينكر والقول للمنكر قوله فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت اليد له بانه باي طريق كان كما لو قال
ملكت عبدي لك الا اني لم اقبض الثمن لي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه قوله وقد يكون من غير صنعه كاللقطة
فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح والقت ثوبا في دار انسان قوله ليس مدار الفرق
اشارة الى الرد على الامام القمي فيما ذكر ان الرد انما وجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد
وقال في الاجارة واختيها اي العارية والسكنى ردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقال في شروح الجامع الصغير
هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا
اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه و
انكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل
الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه
الدين مقاصة والآخر ينكر اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك
بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المص رحمه الله وبما في كلامه لا يحتاج الى شرح

باب اقرار المريض افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة
قال واذا اقر المريض في مرض موته اذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او
مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على
الديون المقر بها وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم او لا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار
الصادر عن الاهل اذ الفرض فيه المضاف الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء تصرف مبايعة او مناكحة وانما يعرض
لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته والاتفاق في ذلك بين صحة المقر
ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض يتضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا
منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما
ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال
الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الورثة اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب و
الموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله بخلاف النكاح
جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية
وان كان فيه دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية قوله وهو بمهر المثل يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية
حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج بنتا فاربعة جاز ولم يحتج اليهن فلم
يكن من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يتوقف
عليها قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو
تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر اجاب بقوله
وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة عجز
عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له
الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة
واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالة الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة
اطلاق وهذه حالة عجز فيفترقان فيمتنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن
الاقرار في آخره وهذا الدليل افاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال
وانما تقدم المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيتقدم على المقر به ويصير مثل دين الصحة لا يتقدم احدهما
على الآخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره **قال** ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح الاقرار بالعين
في المرض كالاقرار بالدين فيه يعني عند ذلك تعلق حق الغرماء بالعين لا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض سواء
كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق الباقين فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون
بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي يسلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي من يخاف ان لا يسامحه بالابراء
بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره قوله الا اذا قضى

ما استقرضه استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن ما اشترى كذلك وقد
علم ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل يعدله
ارايت لو رد ما استقرضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع اذ كان يمنع سلامته للمردود وعليه حق غرماء الصحة لا فكذلك اذا ادى
له لان حكم البدل حكم المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار
في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حقه حجة عليه وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته واذا لم يكن عليه ديون
في صحته جاز اقراره وان كان يحيط بالمال لعدم تضمنه ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رض اذا اقر المريض بدين
جاز ذلك في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عم الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر
اجيب بان ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما سيأتي ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان
رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا تقدم تجهيزه وتكفينه قال ولو
اقر المريض لوارثه لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او بدين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي في
احد قوليه يصح لانه اظهار لحق ثابت لترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه ساعيا في فكاك
رقبته وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث كما اذا باع اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضر
الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تصرف
المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا يرى انه ان كذبه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه مات مجهلا ولنا قوله
لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين هو نص في الباب لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رض واراد
بما روي عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه
الورثة به اخذ علماؤنا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا
يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وتذكر ما اوردنا بالاقرار بوارث آخر وما اجبنا
عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض
الورثة فيما يورث تهمة تخصيصه القرابة يمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم
بشيء منه بلا تخصيص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض
لامتنع الناس عن المعاملة فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يتعاملون مع الاجنبي يتعاملون مع
الوارث اجاب بقوله وقلما يقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من
المماكسة معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا وهو السؤال المذكور به آنفا ثم هذا التعلق حق
بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فصح الاقرار قال واذا اقر لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما
بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسألة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان
القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح ان اقراره في الثلث كان له
التصرف في ثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فبعد الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم حتى ياتي على الكل فان قيل
للمريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لان جميع ماله بعد

الثلث

الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان ياتي على الكل فالجواب ان الثلث
بعد الدين محل تصرف المريض فكلما اقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض
وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا قال ومن اقر لاجنبي الى آخره المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث
اما مستمر او غير مستمر وغير المستمر اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره واما ان يكون وارثا حالة
الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغيره وما لغيره فاما ان يكون بسبب الارث تم ما يستند الى وقت العلوق او لا واما ان يكون
اعني غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه ففيما لم يكن اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستمرا
لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء بحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له
ولد او اسلم الولد الكافر او عتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي
وان كان لغيره كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام
العدة فلعله استقل ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل
فيثبت وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر
اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح
وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند
السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل
والفرق ان بالمستند يتبين كونه الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته
ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث
بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما ليس بمستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات ووجه قول ابي يوسف وهو الاستحسان
ان الاقرار للوارث بطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام
الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار فصل ذكر الاقرار
بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد ثلث شرائط ان يكون الولد يولد لمثله كيلا يكون
مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وان يصدقه المقر في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه
بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج
الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميل على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز
اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى
العتاقة سواء كان اعلى او اسفل جائز سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل
النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته
بالاب هو رواية الفقهاء وفي رواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المعروف والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير
للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته
وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه آخ وقال في

المبسوط واقرار المرأة يصح بثلثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والامر في ذلك ما ذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب
على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او
تشهد القابلة بالولادة اذ الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق
قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج واما
اذا لم يكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هؤلاء
والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها ويصح التصديق
في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم
النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي آثار النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا
تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة رح لا يصح
لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار
وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث
فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت
بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ونقرره بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن النكاح
بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون المرأة
كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين ومن اقر باخ او عم لم يقبل في النسب لان فيه حمله على الغير
واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام او
لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر
له ميراثه لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع
لان له التصرف في ماله نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه استحق الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج الى بيان
قوله ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم
يثبت نسبه وهو المشهور عن ابي حنيفة رح وان كان المقر احد ابنين لم يثبت النسب ايضا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على
ما تقدم من الاصل ان اقراره يتضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك
في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة رح اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي
ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ في حصته ويبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة رح ان زعم
المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية قال ومن مات
وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون
بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيصح على نفسه ولا يصح عليهما ويحلف الاخ بالله ما يعلم ان اباه
قبض منه المائة ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما مر
ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوه استغرق الدين

نصيبه

نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل
القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما يكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوارث لم يبق في
زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فانه في زعمه ان المقبوض على الشركة كما
في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على المنكر حتى انصرف
اقراره الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا
بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك انه لو رجع
المقر على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اباه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض
القبض في هذا المقدار فيرجع لتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور
ولقائل ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه
مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في
الرجوع بظالم بل طالب لتمام حقه كتاب الصلح قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم
للمصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وقد بيناه
في التقرير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتي تفصيله وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين
بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت
ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط البعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن
طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت وحكمه تملك المدعي المصالح منكرا كان الخصم او مقرا
ووقوع البراءة للمدعى عليه عن المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة
عن دعوى المدعي وحصول المصالح عنه بالتمليك ولا وانواعه بحسب المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب المدعى لبين على القسمة
العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة قال الصلح على ثلثة اضرب والحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت
الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخرج عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه ساقط بقوله
مجيبا وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير فانه باطلاقه يتناولها فان قيل الاطلاق لو وقع في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى
فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب بانه ذكره
للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله ان يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله
والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى
قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في
بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال
الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما وحرم حلالا وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعى
عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة وهي حرام ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير واول ما روينا من الحديث وهو قوله
كل صلح جائز بين المسلمين من تأويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا يتسرى او الحمل على

واجب لما سبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون
الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرام بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل
بعده فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضي بجوازه
لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الاخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان له
ان يأخذ في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع
اذ المال وقاية الانفس ودفع الظلم عن نفسه بالرشوة امر جائز لا يقال الاثم الجواب لقوله لعن الله الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول
على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض او امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي حق الورثة عن الارث واما دفع الرشوة
لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه في احكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكر وتصالحا على
دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا
لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي اذ في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس قال
فان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال
بتراضيهما في حق المتعاقدين فيجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه
لانها تفضي الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار
بدليه على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم
والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه
وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ان يترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول
على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار بيد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى
عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما
ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى
المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجب فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة
على التسليم لبدل شرط لكونه في معنى البيع وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل
منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال
ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة واذا وقع الصلح عن
السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ان المدعي
يأخذ عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف باخرى يقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما
كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وبعقد النكاح فان حكمه الحل في حق امرأته والتحريم المؤبد
في امها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا
في حقه بالشك مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل قال واذا صالح عن دار اذا صالح عن دعوى

انكار او سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها اي المدعى عليه يستبقي الدار على ملكه لا انه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة
على زعمه والمرء يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة
في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار
واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه على المدعي بحصته من العوض لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق
في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد
العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على
غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه دفع المال الى الكفيل على غرض فعل الكفيل بالدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده
لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى المدعي شيئا بطريق الصلح واخذ الدار ثم
استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع
الخصومة واجيب بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة له للانتقال الخصومة
فيرجع واما المدعي فهو مختار في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض
المصالح عنه رد المدعي حصته من العوض ورجع بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه
في كون بعض المستحق في يده واما رد الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن
اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع وان استحق بعضه رجع
بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه
هو الدعوى هذا اذا لم يجر بلفظ البيع في الصلح اما اذا اجرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال
بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار
منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل
الصلح قبل التسليم الى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع
بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى قال وان ادعى حقا في دار هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق آخر باب الاستحقاق
من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه
في الباقي ويقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا تسمع دعواه
وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى
هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم عن دار اخرى صح لكونه
بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي على البقية لم يكن له
ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المص والوجه فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد امرين
ان يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار
فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينته لم تقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة
الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي وخصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان ابرأتك انما

يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين في
الواقعات في تعليل هذه المسألة لان قوله ابراتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف
قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك
معناه على غير المخاطب وهو ظاهر **فصل** لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح
وما لا يجوز **قال** والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا
لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا اوصى بسكنى داره
فمات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة على شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع يملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح عن
جناية العمد والخطاء صح اما الاول فلقوله تع فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال على احد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن اعطي
له في سهولة من جهة المقتول شيء من المال بطريق الصلح فاتباع اي فولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة
واداء اي وعلى المصالح اداء الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظ في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد واما المعنى
الآخر وهو مروي عن عمر وابن عباس رض فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى
بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم
بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل
على المطلوب ظاهرا فلهذا قال قال ابن عباس انها نزلت في الصلح قوله وهو بمنزلة النكاح اشارة الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه
في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي واذا كان في معناه فما صلح
ان يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح
وان صالح على ذلك ابدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا للجهالة فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم الا يرى ان الصلح
عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وانه اذا صالح على ان يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن
القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تع ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه
متقوما والقصاص متقوم حتى صح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان
ما صلح مسمى فيه صلح ههنا يعني لكن اذا فسد التسمية بجهالة فاحشة او بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة
او ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولي ما رضي بسقوط حقه فيصار الى بدله الاصلي لمن النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح
لا يتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وان كان الثاني كما لو صالح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سيان
ولو سكت بقي العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر
لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه فكما قال الله تع قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم موضوع اصول الفقه وتحقيقه
ان المهر ضرورة عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كانه لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا
ههنا واما الصلح فليس من ضرورته وجوب المال فانه لو عفى بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب ان الصلح
على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح ان وجوبه ليس من ضرورته ويدخل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح من جناية العمد والخطاء
في النفس وما دونها وهذا اي الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق ان يتملك وذلك

ليس بحق في المحل قبل التملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام اما القصاص فان ملك المحل
فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان اخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض
والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على اخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز و
عن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا يبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن
الاخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء المكفول له وصالح الكفيل على شيء
من المال على ان يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال عليه وفي بطلان الكفالة روايتان في رواية كتاب
الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية ابي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح
من رواية ابي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس قد يكون موصولة الى المال فاخذ حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه
بعوض لم يسقط مجانا واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية او لا
والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر
شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكان
الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال فكان الواجب ان لا يقابله بمال لكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز باي مقدار تراضيا عليه
كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى العمد كما اذا قتل عمدا وآخر خطاء ثم صالح اولياؤهما على اكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطاء
الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر الف درهم فصالحهما على ثلثة آلاف درهم فلصاحب الالف الالف والباقي
لصاحب المائة دينار والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس
كيلا يكون افتراقا عن دين بدين بدل الصلح ولو قضى القاضي باخذ مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل
على اكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب
فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد
المقادير بزيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا **قال** ولا يجوز دعوى حد الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز
فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله
ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل الحرام واذا
ادعت امرأة على رجل صبيا هو بيدها انه ابنه منها وجحد الرجل ولم يدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها
في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه واذا شرع رجل الى طريق العامة
فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك وقيد بقوله الى طريق العامة لان
الظلة اذا كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح
معه مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام
على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا
لو باع شيئا من بيت المال صح وحد القذف داخل في جواب الحدود لان المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص
قال واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا هذا مبني على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت النكاح فصالحته

على مال بذلته امكن تصحيحه خلعًا فى جانبه بناءً على زعمه وبذلًا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب وطىّ الحرام فى جانبها فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعًا فى زعمه ولا فائدة فى اقامتها بعد وان كان مبطلًا فى دعواه لم يحل له اخذه بينه وبين الله تع وهذا عام فى جميع انواع الصلح الا ان يسلمه من طيب نفسه فيكون تمليكًا على طريق الهبة وفى عكس هذه المسئلة وهى ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحًا فصالحها على مال بذل لها اختلف نسخ المختصر فى ذلك فوقع فى بعضها جاز وفى بعضها لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثانى انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح فى زعمها فلم يكن ثمة شئ يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فاقرب العقود اليه شبهًا العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه فى زعمه ولهذا يصح على حيوان الى اجل فى الذمة ولا يصح الا فى مقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم فى الحيوان ويجعل فى حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا يثبت الولاء لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء لانه صالحه بعد كونه عبدًا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلًا عمدًا فصالحه عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبد له اى للعبد المأذون له رجلًا عمدًا فصالحه عنه جاز سواء كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه تبعًا وان جاز اجارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبى فى حق نفسه لان نفسه ما للمولى والاجنبى اذا صالح عن عبد مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ تبعًا فكذا استخلاصًا وتحقيق هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه فصار كانه مملوك للمولى ولهذا كان له ان يتلفه وهذا اى الصلح كانه شراؤه وهو يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدًا وصالح عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب حر يدًا واكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولى القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفى عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل فى حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفًا وان لم يصح فى حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل ولا ان يتبعه بشئ ما لم يعتق فكذا هذا قال ومن غصب ثوبًا يهوديًا يهودى قوم من اهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودى وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة فكل قيمى معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميًا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابى ح رح وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبًا وقيد بالقيمى احترازًا عن المثلى فان الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جائز بالاجماع سواء كانا اكثر من قيمته او لا لكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما لئلا يلزم الكالى بالكالى وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائمًا جاز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف فى الذمة حالًا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل فى هذا ان الدراهم تقع فى مقابلة عين المغصوب حقيقة اذا كان قائمًا وتقديرًا ان لم يكن عند ابى ح رح وعندهما تقع فى مقابلة قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهى مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه

ای صار العبد كالاجنبی

يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر فيه الزيادة ولابى ح رح طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه فى ضمان القيمة حتى لو كان عبدًا واختار ترك التضمين كان العبد هالكًا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان ابقًا فعاد من اباقه كان مملوكًا له واذا كان كذلك فالمال الذى وقع عليه الصلح يكون عوضًا عن ملكه فى الثوب او العبد ولا ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائمًا والثانى ان الواجب على الغاصب رد العين لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترده والموصل فى الغصب وانما يجب القيمة عند تعذر رد العين بتقويم القيمة مقام العين فكان ذلك ضروريًا لا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شئ كان البدل عوضًا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربوا وفى كلام المص تسامح لانه وضع المسئلة فى القيمى وذكر فى الدليل المثلى فان وجب المثل صورة ومعنى انما هو فى المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلى فى ايدى الناس ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلى اذا انقطع حكمه كالقيمى لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضًا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف فى الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلًا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صالح من الدابة على اكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب المستهلك لا يوقف على اثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه على ذلك حالًا جاز وبان البدل جعل فى مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول وعورض دليل ابى ح رح بانه لو باع عين المغصوب بعد الهلاك والاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكمًا لجاز واجيب بان البيع يقتضى قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطًا وصحته لا يقتضى قيام مال متقوم حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين الخ والمراد بالنص ما مر فى العتاق من قوله عم من اعتق شقصًا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرًا او يسعى العبد ان كان معسرًا

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلًا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان فى العمل لغيره متبرع قال ومن وكل رجلًا بالصلح عنه ومن وكل رجلًا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اى عن وكل فى رواية المص وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اى على الموكل كما فى قوله تع وان اسأتم فلها اى عليها وهذا كما ترى يدل بظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقًا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المص وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرًا ومعبرًا فلا ضمان عليه الا ان يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل وذكر فى شرح الطحاوى والتحفة على اطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه ان الاليق بتاويل المسئلة من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح فى المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شئ وان كان فيهما لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبى جوازه مع الخصم قال وان صالح عنه رجل بغير امره وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ووجه ذلك ان الفضولى عند الصلح على مال اما ان قرن بذكر المال الضمان نفسه او لا فالاول هو الوجه الاول والثانى اما ان اضاف المال الى نفسه او لا فالاول هو الوجه الثانى والثالث اما ان سلم المال المذكور او لا فالاول هو الوجه الثالث والثانى هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليًا عن الاضافة اما معرفًا او منكرًا وكل منهما اما ان قرنه التسليم او لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقى وجها حكم المعرف ولكن عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم فى المنكر فبقى

حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر انما وجد الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم
صالح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط يتلاشى
ومثله لا يختص باحد فصلح ان يكون اصيلا في هذا الضمان اذا اضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون
متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى
اي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق
الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء فاي شيء يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا اي في ان المصالح لا يملك
الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا ومنكرا اما اذا كان منكرا فظ لان في زعمه ان لا شيء عليه وزعم المدعى لا يتعدى اليه واما
اذا كان مقرا فلان الصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتريا ما في ذمته بما ادى لان شراء الدين من غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه
وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقر فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان
شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره ووجه الوجوه الباقية مذكور في المتن وهو ظ خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار
بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على الفي سقط على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على الف درهم
من دعواك على فلان فانه فيه تقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره
في الذخيرة وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح **باب الصلح في الدين** لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوي ذكر في هذا الباب
حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم **قال** وكل شيء وقع عليه الصلح بدل الصلح اذا كان من جنس ما
يستحقه المدعى على المدعى عليه بعقد المداينة لم يحمل الصلح على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي وقيد بعقد
المداينة وان كان حكم البعض كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح كمن له على آخر الف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه
فصالحه على خمسمائة وكمن له على الف آخر كذلك فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن
ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى للبعض والصفة في الثانية ولو صالح
عنها على الف مؤجلة صح وحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربوا
فان لم يكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على
التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في الديون في مسائل الصلح لا يخرج عن احد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير
نسيئة فلا يجوز وكذا اذا كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة فانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن
مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة
مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام روي ان رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن
ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا لان حرمة ربوا النساء ليست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فحقيقة
ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز والاصل ان المستوفى اذا كان
ادون من حقه فهو اسقاط كما في العكس وان كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة له فلا يمكن جعله
استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل اذا كان حقه الف درهم بنهرجة فصالحه على الف
درهم جيدة نقد بيت المال فهو اجود من النبهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة اجاب بقوله بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو

اجود لان معاوضة المثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس حاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربوا
كالمسئلة الاولى فانها وقعت بخمسمائة من السود وهو ربوا واما اذا لم يقع فذلك الصرف والجيد والردي فيه سواء يدا بيد ولو
كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة
ان كانت حالة واسقاطا لذلك وتأجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم لان مبنى الصلح
على الحطيطة والحط هاهنا اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة **قال** ومن له على آخر الف درهم ومن له على آخر الف درهم
حالة فقال ادّ الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون
معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان في قول ابي ح وم وقال ابو يوسف لا يعود
عليه لانه براءة مطلق اذ ليس فيه تعيين الاجل اداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان
حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفيد به شيء لم يكن فجرى وجوده اي وجود جعل الاداء
عوضا مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تؤدي غدا
خمسمائة ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بفواته اي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط
عندنا لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلي وموضعه اصول الفقه وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ باداء خمسمائة
في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح فصلح ان يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن
تحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة
فتحمل على الشرط تصحيحا للتصرف وكانه منهما قول بموجب العلة اي سلمنا انه لا يصح ان يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي ان يكون مقيدا
بوجه آخر وهو الشرط قوله ولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما
لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بان يكون تعجيل البعض مفيدا لابراء الباقي والمعروف عرفا كالمشروط
شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به جواب عما يقال
تعليق الابراء بالشرط مثل ان يقول الغريم او كفيل اذا اديت او متى اديت او ان اديت الي خمسمائة فانت بريء من الباقي باطل
بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى اما لفظا فلان التقييد
بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك واما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية
ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك ان
في الابراء معنى الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التمليك
لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق
بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن به حرف شرط
وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت
بفواته يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال
عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله وسيخرج البداية بالابراء وعدا بالجواب عما قال ابو يوسف كما اذا بدأ بالابراء واذا
تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة ان دين الدين

في تعليق الابراء باداء البعض لا يخ اما ان بدأ بالاداء اولا فان بدأ به فلا يخ اما ان يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا
عند عدم الوفاء بالشرط اولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم يبدأ بالاداء فلا يخ اما
ان بدأ بالابراء اولا فان بدأ به فهو الوجه الثالث وان لم يبدأ فلا يخ اما ان بدأ بحرف الشرط اولا فان لم يبدأ
فالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باخراج
الجواب مبني على ان الثابت لا يزول بالشك فاذا قدم الابراء حصل مطلقا لم نذكر ما بعده وقع الشك لانه ان كان عوضا
فهو تقييد كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا تقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت ولا في
عكسها عكس ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا ظهر ان اداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق
الازمان فلا يصلح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس
تعليق وقد تقدم ان الابراء لا يحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك علي حتى تؤخره عني او تحط عني بعضه
ففعل اي اخر او حط جاز عليه اي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال ان اخر وابدا ان حط لانه ليس
بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف لا يقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر الا ان تصرف المضطر لتصرف غيره فان من باع
عينا بطعام ياكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ المقر بجميع المال
في الحال **فصل في الدين المشترك** اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد **قال** فاذا كان الدين بين شريكين
اذا كان الدين بين الشريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ
نصف الثوب من الشريك الا ان يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض واصل هذا
ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهو الدراهم والدنانير وغيرهما لان الدين
ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله
حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا
يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الآخر اجاب بقوله لكنه اي المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركته
القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه
حصته وعرفنا الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث المشترك
وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسمائة و
باع الآخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان نصيب
كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية لم ينبغي ان يكتفي بقوله
اذا كان صفقة واحدة بل ان ينبغي ان يزداد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساويا في قدر الثمن وصفته
لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه بخمسمائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه
فيه لان تفرق التسمية في حق البايعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو شرط
احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر ان يشاركه فيما قبضه لان التسمية تفرقت وتميز نصيب
احدهما عن الآخر وصفا ولعل المص انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقته ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفنا

هذا

هذا ونزل عليه مسئلة الكتاب بهذا اذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا
من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة **قال** ولو اشترى
احدهما نصيبه ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا في دفع ربع
الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين الثمن بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا اي من غير
حطيطة واغماض لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان مبناه على ذلك فلو الزمناه
في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيتخير القابض كما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع
سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده اما كان بعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله و
الاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع
يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لا اثر في ذلك لان النقود
عينا كانت او دينا لا يتعين في العقود واذا ظهر المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن
المعاقدة فلا معتبر بها واما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء يقع المقاصة به فيتعين ان يكون المأخوذ من الدين
المشترك فكان للشريك سبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء
نصيبه بالنقود وشرى السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا
يشاركه لئلا ينقلب ماله ما عليه فان خلف بعضه فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في
المقبوض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل
لذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقتصا بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا
مقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء عن اولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يستتبعه ولو ابراه عن نصيبه
فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون
عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة ولو اخر احدهما عن نصيبه صح
عند ابي يوسف خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول
ابي يوسف وذلك يسهل لجواز ان يكون المص قد اطلع على رواية لمحمد مع ابي حنيفة وابو يوسف اعتبر التاخير بكونه ابراء موقتا بالابراء
المطلق وهما لا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصفين عن الآخر باتصاف احدهما والآخر بالتاجيل وقسمة الدين
قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وللقائل ان يقول تاخير البعض هل يتميز
احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تاخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر الوجه فيما يستحيل ذلك فيه
فضي قوله لامتياز احد النصيبين لا يستلزم لتاخير الامتياز فان قيل فقد جوز ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب
التميز يكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصفين وليس ذلك في صورة الابراء
بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امرا وجوديا لزم ما ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك والاتحاد وما شئت وقسمة
ذلك عدمي فلا نم انها يقتضي وجود النصفين لانا نقول القسمة افراد احد النصيبين لتكميل المنفعة بالا يشاركه فيه الآخر
وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عينا منه او

اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للاول
وكذا اذا استاجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله
حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق
عند محمد خلافا لابي يوسف وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو يساوي نصيب المحرق واما اذا اخذ
الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع لمحمد ان الاحراق اتلاف المضمون فكان كالغصب والمديون
صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا ولابي يوسف انه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان
هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق
واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه تملك
البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا
فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمراة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد
اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه قيل وانما قيد بقوله عمدا لانه في الخطاء يرجع عليه واطلق في
الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح واري انه قيده بذلك
لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء قال واذا كان السلم بين شريكين اذا اسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح
احدهما مع المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد الا باجازة الآخر فان اجاز
وكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وقال ابو يوسف جاز اعتبارا بسائر الديون
فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون
بنصيبه كذلك ههنا وبما اذا اشتريا فاقال احدهما في نصيبه لجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد وجهان
احدهما انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية
نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه قوله
بخلاف شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فانا اذا اخترنا فيه الشق الاول من
الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المص بقوله وهذا لان السلم فيه يعني ان المسلم فيه في
ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من
راس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي قبضه الشريك حيث لم
يسلم له ذلك القدر وقد كان سقط بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما
نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه
يوذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون
فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب قالوا اي المتاخرون من مشايخنا هذا الاختلاف بين علمائنا الثلثة اذا خلطا راس
المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد
قام بهما فلم ينفرد احدهما برفعه لا فرق في ذلك بين ان يكون راس المال مخلوطا او غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء

نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار مشاركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد
كل منهما بالحصة من راس المال ومنشا اختلاف المتاخرين ان اختلاف المتقدمين في خلط راس المال وعلى الاطلاق ان محمدا
ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط ان الآخر لا يشركه فيما قبض المصالح في قول
ابي يوسف ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق قيل وليس بسديد لان الموجب للشركة في المقبوض
هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلطا ولم يخلطا **فصل في التخارج** التخارج من الخروج وهو
ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تاخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى احد بان يخرج من البين بغير
استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضى غيره به وله شروط تذكر في اثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في
مختصر الضوء والرسالة قال واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم
منها بمال اعطوه اياه حال كون التركة عقارا او عروضا جاز قل ما اعطوه او كثر وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان هناك
شرط سنذكره وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء لان الابراء عن الاعيان غير
المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته يفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية
الى النزاع يفسد البيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى التسليم فلا يفضي الى المنازعة وصار كما لو اقر
انه غصب من فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان وهو
روى محمد بن الحسن عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضه صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان اخرجوها
من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلفت الصحابة رض في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة و
اولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب
ثلثة وثمانين الفا ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا
او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده
بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفي بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في
ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبض امانة او قبض ضمان ناب احدهما مناب الآخر واما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون
العكس فاما اذا كان الذي في يده بقيتها مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب
عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على احد النقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك
الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة فان كان مساويا لنصيبه او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربوا
اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واذا كان اقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم واذا كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر
تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما مر ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف
في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه واقل من الدراهم حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة
الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس في ذلك ربوا
ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا قل او كثر وجد التقابض في المجلس او لا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك
جاز كيف ما كان صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا قال واذا كان في التركة دين على الناس

واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا
اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح واما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز
ان يشترطوا على ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز
واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم
الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والاوجه ان يقرضوا المصالح
مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة
فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول شيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان
فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة وليست بمعتبرة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان
غير معلومة فصالحوه على مكيل او موزون او غير ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ان يبرأ لان المصالح عنه عين ولا ابراء عن العين
لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست مفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة
فانه احتياج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك
ان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا او غيره ففي الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا
ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز واما القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا
وجه الاستحسان ان الدين يمنع ملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان
التركة لا تخلو عن قليل الدين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة **كتاب المضاربة** قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار
فلا يحتاج الى اعادته والمضاربة مشتقة من الضرب في الارض وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا
للربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما
على ما شرطا ومشروعيتها للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد خالي اليد عن
المال فكان في شرعيتها انتظام مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق
البقاء المقدور بتعاطيها وركنها استعمال الالفاظ تدل على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة
او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان صحيحة ومنها ما يبطل العقد بفواته وفاسدة يفسد في نفسها و
يبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح قوله وبعث النبي م بيان ان ثبوتها بالسنة
والاجماع فانه م بعث والناس يباشرونه فقررهم على ما روي ان العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا مضاربة شرط على المضارب
ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلعم فاستحسنه وتقرير
النبي م امرا يعاينه من اقسام السنة على ما علم وتعاملت به الصحابة رض من غير نكير وكان اجماعا قال ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده
المدفوع الى المضارب من المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن
وكل مقبوض كذلك فهو امانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله وهو شائع
فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيستحق ما شرط من الربح كالاجير على عمله فلهذا النظر معنى الاجارة

اذا فسدت

اذا فسدت ويجب اجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة
عقد على الشركة • هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة فيما
اذا فسره المص بقوله ومراده الشركة في الربح اي لا في رأس المال مع الربح لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب
رب المال والعمل من جانب المضارب لا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة عقد
على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح
المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو ان يكون رأس المال دراهم او دنانير عند ابي ح وابي يوسف او فلوسا رائجة عند
محمد وبما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد المضاربة
يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالرأي او الاجارة بالرأي وكل منهما يقبل الاضافة الى
زمان المستقبل فيجب ان يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض ما لي
على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة
بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج اما عند ابي ح فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع اي في باب الوكالة بالبيع و
الشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد الخ واذا لم يصح كان المشتري للمشتري
والدين بحاله واذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح واما عندهما فان التوكيل يصح
ولكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا ومن
شرط المضاربة ان يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه ان لا يستحق احدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة
لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء مناف له واذا ثبت احد المتنافيين انتفى الآخر ثم فسر ذلك بقوله فان شرط زيادة عشرة
دراهم فله اجر مثله لفساده لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فينقطع الشركة وهذا اي وجوب اجر المثل لانه عمل لرب المال بالعقد و
ابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينل لفساد العقد ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لانه ملكه
فتعين اجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف قيل والمراد
بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد يجب بالغا ما بلغ كما بينا في الشركة
ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه اجير واجرة الاجير يجب بتسليم المنافع كما في اجير الوحد فانه في تسليم نفسه تسليم منافعه
او بتسليم العمل كما في الاجير المشترك وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف لا يجب له شيء اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فانه فيها اذا
لم يربح لا يستحق شيئا مع انها فوق الفاسدة ففي الفاسدة اولى فان قيل ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي فان
العقد الفاسد يوجد حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد اجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد
الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فيعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر
عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين احدهما
الاعتبار بالصحيحة والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به وهو لا غير فلا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل يشير الى
ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يؤجر نفسه في ذلك الوقت لآخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون
مستأجرا لمستأجرين في الوقت كما لا يمكن اجير الوحد ان يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول ابي جعفر الهندواني وقيل

المذكور ههنا قول ابي حنيفة وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان ياخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح انه ضمان على قول الكل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحيحا وفاسدا امانة ولانه لما قصد ان يكون المال عنده مضاربة فقد قصد ان يكون امينا وله ولاية جعله امينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بامر جلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرطا ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها او يفسد العقد لاختلال المقصود وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة الدار والارض فكانت حصة العمل مجهولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضيعة على رب المال وعليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم غير رب المال والمال لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم يكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح نحو ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا الخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا بد ان يكون راس المال مسلما الى المضارب لا يد لرب المال فيه بتصرف وعمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يده عليه يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيهما من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد الملك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسد لقيام الملك وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال او لا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جاز لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما كجزء من المال جائز ولو كان الثاني كالماذون يدفع المال مضاربة فسد لانه وان لم يكن مالكا ولكن يده تصرف عائدة فنزل منزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة قال واذا صحت المضاربة مطلقة المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان ولا نوع بان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما بدا له من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويبضع هو من صنيع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد بقوله والمسافرة يعني انها من صنيع التجار ولا يجوز للمضارب ان يضارب الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله ولا

يرد حجوا لان اذن الماذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستاجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب ليس له ان يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهما دون فيتضمنهما وبخلاف الاقراض فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة على القرض واما الدفع مضاربة والشركة والخلط بماله ونفسه فمن صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول اعني قوله اعمل برايك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود هو الربح حصل بها تعدد في جهة الجواز فينبغي ان يترجح على جهة العدم اجيب بان كلا من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا يترجح غيرها بهما كما عرف وان خص رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يتخصص به وفي التخصيص في بلد بعينه فائدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وجناية المضاربة وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرج بها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشترى وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر ورده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زالت واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل و تفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج واما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير فللتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه ونوقض بما لو قال على ان يبيع بالنسيئة ولا يبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على اصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا بثمن كان نسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء في السلم بان يكونه في المصر لم يتعين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم يعتبر عند السكوت عنه قال ومعنى التخصيص

ذكر الفاظا تدل على التخصيص تقدير كلامه ومعنى التخصيص تحصل بان يقول كذا او كذا اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره
التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية ستة منها يفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط
التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو ان رب المال اذا عقب لفظ المضاربة كلاما لا يصلح الابتداء به ويصلح متعلقا بما تقدم
جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا عقبه بما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا المال على ان تعمل به
كذا او في مكان كذا او قال خذه تعمل به بالكوفة مجزوما او مرفوعا وكلام المص يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف
بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المص لان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصلح الابتداء
به بحيث لا يصح ان يبتدأ بقوله على ان تعمل كذا او بقوله تعمل بالكوفة او بغيرهما وهو واضح لكنه يصح جعله متعلقا بما تقدم
فجعل قوله على ان تعمل شرطا والمقيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه
مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء فيهما للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه
بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق ومقتضى الالصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو بكونه العمل فيها
واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو فقد اعقب ما يصح الابتداء به اما بغير الواو فواضح
واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لا يجعل
واو الحال في قوله ادّ الي الفا وانت حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ
ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيدا لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس
في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل
الكوفة او دفع في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة فقد جاز لان فائدة
الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي
وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء يعني في المكان
في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد وتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل
ان يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في
ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله وقد حصل ذلك بها ولما لم يختص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت
الاشخاص دل على ان المراد به نوع التصرف وقد حصل وقوله وكذلك ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت بالزمان مفيد
فكان التقييد بالنوع والمكان **قال** وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق
على رب المال بقرابة او غيرها كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد اخرى وذلك
لا يتحقق في شراء القريب بعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وهذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد
مطلقا ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو
كان مقصود الوكيل وقيد بقوله اشتر لي عبدا ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل
الربح لا تدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه لتحصيل الربح بخلاف البيع
الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل اي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة

لان الشرا

لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز عن الصبي و
العبد المحجور فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة يتخير رب المال بين ان
يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه قضى بمال المضاربة دينا
عليه واما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما ان يكون في المال ربح او لا فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه
ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي ح رح او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزي
الاعتاق فيمتنع التصرف فيمتنع المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد
الثمن من المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فيه فاذا ازدادت قيمتهم
بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة اي نصيبه من الربح امر حكمي
لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن
لاخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصته من الربح لانه احتبست
مالية العبد عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة **قال** وان كان مع المضارب الف بالنصف وان كان مع المضارب الف
بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي
موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وانما قيد بقوله والمدعي
موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب هو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار
والاعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها
من اهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه اي الادعاء لم ينفذ
لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا
كل واحد منهما يساوي رأس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفا فانه لا يظهر الربح واذا
لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين احدهما ان الجارية كانت
متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك ويتعين ان يكون الولد كله ربحا والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة
فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح واجيب عن الاول بان تعينها كان
لعدم المزاحم لا لانها رأس المال فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى
لذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة
واحدة واذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حياله لكونهما في حكم
اجناس مختلفة عند ابي ح رح قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل
واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان
سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما
اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم
الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك واما ما نحن فيه فاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق

عليه وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لأن عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا أصله مسألة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الإعتاق يعتمد ذلك وإذا انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق فإن شاء استسعاه لاحتباس ماليته عنده نفسه وإن شاء أعتق لكونه قابلا للعتق فإن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قيل لم لا تجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس وفيه نظر لأنا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ من الولد لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها أم ولد بالدعوة السابقة فيضمن ضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فإنه يضمن لشريكه نصيبه كالأخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر تملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان إعتاق وهو إتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر إشارة إلى عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب

باب المضارب يضارب

مضاربة المضارب مركبة فأخرها عن المفردة اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب إذا دفع المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فإذا ربح الثاني ضمن الأول لرب المال وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو ظاهر الرواية إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ثم رجع أبو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لأن ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الإيداع لعدم الإذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الإيداع فلا يملكه ولهما أن دفعه إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى أي موقوفا فإن عمل ضمن وإلا فلا ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا لأنه ليس له الشركة في مال رب المال و في ذلك إتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا أي وجوب الضمان على الأول وعليهما بالربح أو العمل على ما ذكرنا إذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول كلا منهما فإن الأولى إذا كانت فاسدة والثانية أو كلتاهما جميعا لم يضمن الأول لأن الثاني أجير فيه وله أجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان فإن قيل إذا كانت الأولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لأن مبناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم أجيب بأن المراد بجواز الثانية ما يكون جائزا بحسب الصورة بأن يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا ما يجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط للأول نصف الربح وما شرط للثاني نصفه قوله ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الأول ولم يذكر الثاني قيل اختيارا منه لقول من قال من المشايخ ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الأول والثاني في هذه المسألة بإجماع أصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع

ووجهه أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة لأنه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما إذا دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد أي بسببه لأنه عامل له أي للمضارب الأول كما في المودع واعترض بأن كلامه متناقض لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لأنه عامل للمضارب الأول وأجيب باختلاف الجهة يعني أن المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث أنه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لأنه قال قبل يعمل فيه لمنفعة نفسه لم يقل عامل لنفسه ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد فإن الأول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأول لأن الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والأول يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن خبث لأنه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق **قال** فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف هذه المسألة إلى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها إلى شرح وإنما قال يطيب لهما ذلك أي للمضارب الأول والثاني الثلث والسدس لأن الأول وإن لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقد ألا يرى أنه لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وإن لم يعمل بنفسه وإنما قال غره في ضمن العقد لأن الغرور إذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما إذا قال آخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه

فصل

لما كان للمضارب بعد إدخال عبد المضارب أو رب المال حكم غيره ذكره في فصل على حدة فقال وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز فقوله ولعبد رب المال في مقابلة شيئان عبد المضارب والأجنبي وليس ذلك بالاحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احترازا عن الثاني فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحت المضاربة مع الأول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلا إما أن يكون على العبد دين أو لا فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لأن ما شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وإن كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف فأما إذا اشترط أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صحيحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين أو لم يكن لأن للعبد يدا معتبرة لا سيما إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا أي ولأن للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجورا عليه ولهذا أي ولكون يد العبد معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له يجوز بيع المولى من عبده المأذون يعني إذا كان مديونا على ما يجيء ولو لم تكن معتبرة لم يكن

اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مرّ واذا صحّت
المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو
للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى لو عقد المأذون له اخذ **فصل في العزل والقسمة** لما فرغ من بيان حكم المضاربة
والربح آل الحكم الى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل المضارب وقسمة المال المضاربة في هذا الفصل **قال** واذا مات رب
المال والمضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وردّ بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب
رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده
بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة بعد اخرى وبانه لو كان توكيلا لا يعزله اذا عزله رب
المال بعدما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على المضاربة اذا لحق رب
المال بدار الحرب مرتدا عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سياتي وان ارتدّ رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب
بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء او بعده فكانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء
فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعده فلحوق المضارب كالموت حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف
تصرف المضارب عند ابي حنيفة لان المضارب يتصرف لرب المال وكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف
من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على
ردّته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها
بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث
ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فيبقت المضاربة خلا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في
قول ابي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف لردّته لانه لو لزمه لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره
بالبيع والشراء في قول ابي يوسف ومحمد حالة التصرف بعد الردة كهي قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال **قال**
وان عزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته
وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا ونسيئة حتى
لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على
رأس المال بتعيينه ورأس المال انما ينض اي يتيسر يحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا آخر لان
العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير فقد
نضّ فلم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال **قال** المص هذا
الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على العكس له ان يبيعه بجنس رأس
المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض قوله وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمي كالقصدي
في حق المضارب فني كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت
في ذلك بين العزلين **قال** واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة
الاجير واجره الربح وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به

فان قيل ردّ رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اجيب
بان الاثم ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له وكّل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد ازال
يده ولا بد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له احِل
مكان قوله وكّل والمراد به الوكالة فكان في الكلام استعارة ومجوزها معهودة وهو اشتمالهما على النقل وانما فسّر بذلك
لان احل ربما يتوهم ان رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني الوكيل اذا باع وامتنع
يقال له وكّل الموكل بالاقتضاء واما البياع والسمسار وهو يعمل للغير بيعا او شراء فانهما يجبران على التقاضي لانهما يعملان
بالاجر عادة واذا وصل اليه اجره اجبر على عمله واستيجاره قلما يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شيء فقد استوجر
على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات
فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يامره بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من
عمله عوضه باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف **قال** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان الربح لا يتبين
قبل وصول رأس المال الى رب المال قال عم مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله
حتى يسلم له عزائمه او قال فرائضه ولان رأس المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شيء
استكمل من التبع فان زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما ثم زاد لان القسمة يفيد ملكا موقوفا ان
بقي ما اعد لرأس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذه كل منه ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم رأس المال والله اعلم
فصل فيما يفعله المضارب ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضاربة زيادة للافادة
تنبيها على مقصودية افعال المضاربة بالاعادة **قال** ويجوز للمضارب ما كان من صنيع التجار بيّنّا وللاطلاق العقد فجاز
ان يفعله المضارب مما لا فلا يجاز للمضارب بان يبيع بالنقد والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه
قال في النهاية ما باع الى عشر سنين لم يجز لانه خارج من صنيع التجار ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب ليس له ان يشتري سفينة
للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما ما يحمله
عليها وظاهر كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز اما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وكان يسكن بها اي السفينة والدواب
مطلقا اعتبارا للعادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان ياذن للعبد المضاربة
في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيّد بالمشهورة لان ابن رستم روى عن محمد انه لا يملك الاذن في التجارة
لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع نقدا ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عند
ابي حنيفة ومحمد فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى لعمومه ولانه لكونه شريكا في الربح او بعرضيته ذلك الا ان الوكيل يضمن كما
تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تاجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا
كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعدما باع مرة لانتهاء وكالته واما عند ابي يوسف
فلان المضارب يملك الاقالة والبيع نساء كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان
ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو اقال العقد مع الاول ثم باعه مثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه
من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر الاصل فيما يفعله المضارب بانواعه

الثلثه وهو ظ ثم قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها
وجوز ابو يوسف تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب بالتزويج المهر وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه
كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال فان دفع الى رب المال
شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر قال رب المال تصرف في مال نفسه بغير
توكيل اذ لم يصح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا ان الواجب هو التخلية وقد تمت فصار
التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل رب المال الصالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي
فرب المال اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا
يصلح وكيلا لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله اجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي
عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربة مع رب المال اجاب بقوله بخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة
حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه ادى الى قلب الموضوع ولقائل
ان يقول رب المال اما ان يصير بالتخلية كالاجنبي او لا فان كان الاول لجازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالقياس يمنع
الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله لجازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة يقتضي المال للدافع وليس بموجود
بخلاف البضاعة فانها توكيل على امر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز ان يوكل وليس المال له واذا لم تصح المضاربة
الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى وكلام المص يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من
مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضارب
لان رب المال ان اخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان راس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ
الاستعانة من المضارب لم يوجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه من غير وجود ذلك انتقاض المضاربة وان صار
راس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان راس المال عرضا لم يعمل فهذا اولى قال واذا عمل المضارب في المصر
فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بان ذكر الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس
ان لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بامره او بمنزلة الاجير لما
شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا انا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف و
فرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستاجر وذلك يحصل له بيقين
فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو انفق من ماله تضرر
به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء
الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث
يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوق وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة
ما يصرف الى الحاجة الراتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء او كراء كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من معدات
تمون المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان الشخص اذا
كان طويل الشعر وسخ الثياب ماشيا في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملوه فصار كانه يكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة

النفقة والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب قال واذا ربح اخذ رب
المال ما انفق المضارب من راس المال فيه يعني ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال راس ماله كاملا فيكون النفقة مصروفة الى الربح دون راس
المال فاذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطا فان باع المضارب المتاع بعدما انفق مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان و
نحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحتسب ما انفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب
الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال
لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعدما مر تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد
عند ابي حنيفة لان الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برايك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب
حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن
هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصارة بفتح
القاف والحمل فانه ليس بعين قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فزاد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك ان
يأخذ ثوبه مجانا واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين ان يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال ثوبه
وبين ان يضمنه جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالا منه
فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام فيما اذا
قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضاربة فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن لهذا انه مع
ما قيل المضارب اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب
لما سبق انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك **فصل آخر** هذه مسائل متفرقة
يتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال فان كان معه الف ما ذكره المص واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان
رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبائع
بسبب هلاكه مانع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا
باعه بالفين ظهر حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلثه ارباعها
لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك
ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب امين فيكون الضمان منافيا
لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لابطلنا ما غرم لانه لا يصلح ان يجعل ذلك راس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع
الجارية باربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف فبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال
يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق براس المال واذا كان كذلك كان راس المال في ذلك الفين وخمسمائة والخمسمائة
ربح بينهما نصفين قوله وان كان معه الف فمعناه واضح وقوله لتغاير المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء
العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله الا ان فيه شبهة العدم اي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال
عبد كان في ملكه ولم يستفد به الا ما لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمسمائة لثبوته من كل وجه و
الاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله قوله فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد

وجد خطأ كان الدفع والفداء إليهما فإن دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وإن فدياه فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعا لأن رأس المال صار عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما ولهذا أعتق الربع إذا كان العبد قريبه والألف هو رأس المال وقيد العين بالوحدة احترازا عما إذا كان عينين فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما تقدم فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فإنه يتضمن انقسام العبد بينهما لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني ما إذا ضاع الألف في المسألة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك لأن جميع الثمن فيه على المضارب لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولأن العبد كالزائل لأنه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك فيقع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم يريد به ما تقدم في المسألة المتقدمة وهي ما إذا ضاع الألفان فإن العبد فيها على المضاربة فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا وهلكت قبل النقد إلى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما دفعه لأن المال في يده أمانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان وإذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه العهدة بوصول الثمن إلى البائع بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فإنه لا يرجع إلا مرة واحدة لأنه أمكن أن يجعل مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب فإنه يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان لمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر أمينا وفيه نظر لأن الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الأمانة فيجوز أن يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا له صلاحية لإثبات حكمين متنافيين ولو غصب الألف فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه على تقدير ثبوتها تحتاج إلى فرق دفعا للتحكم ولأن المطلوب كونه مستوفيا والدليل إمكان ذلك والإمكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف مع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثابت برفع الضرر عن الموكل فإنه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل إذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فأما ههنا فحق رب المال لا يضيع لأنه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الأمرين بخلاف الوكيل لأنه بمنزلة البائع فيضره بهلاك الثمن إلا أنه يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الألف الخ لم يثبت فيه رواية تحوج إلى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بين ما إذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما إذا اشترى ثم دفع فإنه يرجع في الأول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع أصلا وكلامه واضح

فصل في الاختلاف

أخر هذا الفصل عما قبله لأن الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين **قال** وإن كان مع المضارب ألفا اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب دفعت إلي ألفا وربحت ألفا وقال رب المال بل دفعت إليك ألفين فالقول للمضارب كان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لأن المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول

القابض ضمينا كان كالغاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمشروط نصفه فالقول فيه أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بضاعة كان القول له فكذا إذا أنكر الزيادة وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت وإن أقاما قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في الربح لأن البينات للإثبات وإذا كان في صفة رأس المال كما إذا قال من معه ألف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح أو شرطا من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لأنه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وإن اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضاربا في الأول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لأنها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الأخذ بالإذن ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وإن أقاما لأنها تثبت الضمان وإذا كان في العموم والخصوص فإن كان قبل التصرف فالقول لرب المال أما إذا أنكر الخصوص فظ لأن العموم هو الأصل كما يذكر وكذا إذا أنكر العموم لأنه يجعل التجارة ذاك نهيا له عن العموم وله أن ينهى عنه قبل التصرف وإذا ثبت نهيه عن العموم نصا فههنا أولى وإن كان بعده ورب المال يدعي العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وإن كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لأن الأصل فيها العموم والتخصيص بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة وإذا كان كذلك كان مدعي العموم متمسكا بالأصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والإذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المص لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة واعترض عليه بأن البينة للإثبات لا للنفي وبأن الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج إلى البينة وأجيب بأن إقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فأقام المص اللازم مقام الملزوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت بإقرار الآخر فلا يحتاج إلى بينة ولو وقتت البينتان فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول وإن لم يوقتا أو وقتا على السواء أو وقت أحدهما دون الآخر فالبينة لرب المال لأنه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك وإذا تعذر القضاء بهما يعمل ببينة رب المال لأنها تثبت ما ليس بثابت

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول الإقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الإجارة تمليك المنفعة بعوض وهي أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في إعانة عباد الله واستيجابه الأجر والثناء على ذلك وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد مر مرارا وشرعيته بقوله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها بإطلاقه وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد الأمين وفي الاصطلاح التسليط على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال وما قام مقامها فعلا كان أو قولا والقبول من المودع حقيقة أو عرفا تاما وضع

ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثمه فضاع كان ضامنا لان هذا
قبول الوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات اليد
غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد الآبق غير صحيح وحكمها كون المال امانة قال الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا
ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا
هب الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص قوله الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم
يضمنها لقوله عم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول
في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكر في غريب الحديث انه قول شريح ليس بحديث مرفوع واجيب بانه مسند عن عبد
الله بن عمر رض عن النبي عم ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطل المصالح
وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله قالوا المراد بمن يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا اودع عندها
شيء جاز لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان ساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الاب في بيت فيه الوديعة لم يضمن
لكن يشترط ان لا يعلم من في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم ينهه عن الدفع اليهم لان الظاهر انه يلتزم حفظ
مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وهو انما يحفظ ماله بمن في عياله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس
بشرط فانه روي عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله
وليس في عياله انه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك قوله ولانه دليل آخر على ذلك وهو ان المودع لا
يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته لا محالة ولا استصحاب الوديعة عند خروجه وهذا معلوم للمودع فيكون
راضيا به فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه الوديعة وخرج وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته واودعها عند
غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والحال ان الايدي تختلف في الامانة قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر انه يلتزم
حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له ان يستودع ماله عند غيره فينبغي ان يملك ايداع الوديعة
ايضا وخطاؤه ظاهر لان قوله الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ
قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله قد تقدم ما يرد عليه من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية فعل ما فعل بهم
والوعد بالجواب عن ظاهرها ولا بأس بذكره ههنا اجمالا وهو ان المستعير مالك للمنفعة والمأذون متصرف بحكم المالك و
كذلك المكاتب فيملك كل منهم التمليك والوضع في حرز الغير ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان الا اذا استأجره فيكون حافظا
بحرز نفسه قوله الا ان يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره او
الالقاء الى سفينة اخرى طريقا للحفظ فيكون برضى المالك وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطة
للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وقال في المغني اذا
علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة قال فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها اذا طلب المودع الوديعة
وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبها لم
يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه فصار ضامنا والخلط النافي للتميز تعد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند ابي ح
وقالا ان خلط بالجنس شركه ان شاء كخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير بما لا يقدر

الوصول

الوصول الى حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء و
لابي ح انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم قوله وامكنه معنى غير صحيح لانه
بالقسمة وهي من احكام الشركة فلا يصلح موجبة لها لئلا ينقلب المعلول علة ولو ابرأ المالك الخالط سقط حقه عن المودع
عينه لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما يسقط بخيرة الضمان لتعين الدين بصرف الابراء اليه فتتعين الشركة في
المخلوط وان خلط المائع بغير الجنس كخلط الخل بالحاء المهملة وهو دهن السمسم بزيت الزيتون صار مذهبهما كمذهب ابي ح فيوجب
انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة وهو ظ ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس لان حقيقة
القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس ومن هذا القبيل اي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع خلط الحنطة
بالشعير في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف
المذكور لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز صورة ومعنى وان خلط المائع بجنسه اوجب الضمان عنده لما ذكرنا من
الاستهلاك وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارا للغالب
اجزاء وعند محمد شركة بكل حال اي سواء كان الخلط بالقليل او بغيره لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما مر في الرضاع اذا جمع
بين لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابه لتصيره مائعا
بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا صار شريكين لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا
بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق
المودع بعضها ثم رد مثلها فخلط بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض بالخلط لا يقال فاجعل الرد
قضاء لا خلطا لعدم تفرده بالقضاء بغير محض من صاحبه ولو لم يرد ما انفق كان ضامنا لما انفقه دون ما بقي منها لبقاء
الحفظ فيه وما انفق لم يتعيب للباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض اذ الكلام فيه وان اخذ لينفق ثم بدا له فرده الى
موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لان اخذه لم يناف الحفظ وبمجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى ان يغصب مال انسان فلم يفعل
قال واذا تعدى المودع في الوديعة واذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة او لبس الثوب او استخدم العبد
او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة
ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى المنافي الآخر وهو الوديعة
فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه
الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه هو الاضر بالمخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد
ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بان الامر باق فيكون مأمورا بدوام الحفظ وما هذا شانه فالمخالفة فيه رد
للامر من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود واجيب بانا لا نسلم ان المخالفة فيه رد له
من الاصل لان بطلان الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوعة
لابطال الايداع ولا ينافيه الا يرى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل
بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون ردا لعقد مسألة الا يرى ان الجحود في اوامر الشرع رد لها كفر بهم والمخالفة
بترك صلوة او صوم مأمور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها قوله كما اذا استأجره تنظير لمسألة الوديعة بالاستيجار فان المخالفة

ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في
الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج لذلك عن كونه امينا واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم لان
بقاء كونه امينا باعتبار ان عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتفع بتركه بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد اللازم وغير
اللازم في الانتقاض بعد تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والاعارة والبيع والهبة ينتقض بعدم تسليم المعقود
عليه ثم في الاستيجار ورد العقد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فترك الحفظ في بعض المدة يبطل
العقد في ذلك القدر ويكون باقيا ببقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله فيحصل الرد الى نائب المالك جواب عن
قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد
الى نائب المالك وقوله فان طلبها صاحبها الخ ظ وقوله ولو جحدها عند غير صاحبها كان قال له رجل ما حال وديعة فلان
فقال ليس له عندي وديعة لا يضمنها عند ابي يوسف وكذا لو جحدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك
فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر وانما ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلثة قيل لان
هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكر فيه اختلاف زفر ويعقوب فذكر كذلك ووجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان
سواء كان عند المالك او لا كالاتلاف حقيقة ووجه قول ابي يوسف ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين قال
وللمودع ان يسافر بالوديعة وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا
ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها
في اهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة
لكن قيل عند ابي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان او بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين اي سواء كان لها حمل
ومؤنة او لا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الامر امر بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا ان
اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنده متحقق وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا
كان الطريق آمنا ولهذا اي ولكون المفازة محلا للحفظ ملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مظنونا لما جاز
ذلك قبل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخاطرون بالتجارة بطمع الربح وليس للمودع حق التصرف والاسترباح
في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا واجيب بانه توضيح الاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما
على مال الصبي نظرية واولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز وجب بالاتفاق انتفى وهم
التلف ولهما انه يلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز ان يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى
فيتقيد به لكن ابا يوسف جعل السفر القريب عفوا قياسا على الغبن اليسير في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو
الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استاجر رجلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك
المال وان سافر ضمن قوله قلنا مؤنة الرد جواب عن قولهما وتقريره سلمنا ان المؤنة تلحق المالك لكنه ليس بمعنى من قبل المودع
بل من حيث ضرورة امتثال المودع امره فانه امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو بمعنى راجع الى المالك فلا يبالي به وقوله والمعتاد
كونهم في المصر جواب عن الشافعي يعني ان المعتاد كون المودعين وقت الايداع في المصر لا حفظهم فان من كان في المفازة يحفظ
ماله فيها ولا ينقله الى الامصار بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه المالك

ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند
رجل وديعة • اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي
وقالا يدفع اليه نصيبه لا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي اذا هلك في يد المودع كان للغائب ان يشارك القابض
فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد موضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله ودفع
المكيل والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الظهيرية
ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان ياخذ نصيبه بالاجماع وحكاية الحاكمي
في المسئلة مشهورة لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو
الوصف ومن طالب بما سلم لم يمنع عنه ولهذا كان له ان ياخذه وان كان في يد المودع بالاتفاق ولابي حنيفة انه طالبه بتسليم
نصيبه بل يدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه ليس فيه لان المفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة
وليس للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل في ذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه
بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل المديون متصرف في مال نفسه
فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب عليه ذلك والحق ان الضمير في حقه للشريك
لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس
بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة قوله له ان
ياخذه جواب عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه وتقريره جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذا الجبر ليس من
ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت لهم دراهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فللغريم اي للغريم
المودع بالكسر ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه قوله وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم ما يقسم
هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب كالعبد والدابة والثوب الواحد
والطبق وكلامه واضح وقال في المبسوط قول ابي حنيفة اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضى بامانة واحد فاذا كان الحفظ
مما يتاتى منهما عادة لا يصير راضيا بحفظ احدهما الكل واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها
اليها لا يضمن معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله
فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه او كانت شيئا يحفظ على يدي النساء
فنهاه عن الدفع الى امرأته وهذا معنى قوله وهو محمل الاول والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا وجب
مراعاته والمخالفة فيه يوجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن
الدفع الى امرأته وله امرأة اخرى امينة او عن الحفظ في الدار وله دار اخرى فخالف فهلك ضمن واذا نهى عن الحفظ في بيت من
دار فحفظ في غيره وليس محل الذي نهى عنه عورة ظاهرة او نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس له
غيرها فحفظ فيها الخ لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به قال ومن اودع رجلا وديعة • اذا اودع المودع
الوديعة ضمن دون الثاني عند ابي حنيفة وقالا يضمن ايهما شاء عندهما لانه قبض من ضمين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا
بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه

بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وَلابي ح
انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظه لحضرة رايه وتدبير لان
حفظ بصورة بيده ولهذا لو دفع الى من يحفظه لحضرته كعياله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم
يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعدٍ منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ المستلزم فيضمنه وَامّا الثاني فمستمر على الحالة
الاولى وهو القبض من امين اذا لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره وَاذا
كان في يد رجل الف فادعى رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه ظ سوى الفاظ نذكرها قوله شاغ الحقين لان
كل واحد منهما يدعي الالف قوله وان نكل اعني الثاني اي بعدما حلف الاول قوله ولا يقضي بالنكول يعني الاول لان الثاني
ربما يقول انما نكلت لانك برأت بالاستحلاف فلا ينقطع الخصومة بينهما قوله فينكشف وجه القضاء بانه يقضي بالالف
للاول او للثاني او لهما جميعا لانه لو حلف الثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل الثاني ايضا كان الالف بينهما فلذلك
يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه قوله لانه اي لان المودع المنكر اوجب الحق لكل واحد منهما ببدله عند ابي ح وباقراره
عندهما وَلو قضى للاول حين نكل قال الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف الثاني واذا نكل يقضي بينهما
لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي قد صار اما باختياره او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني ولم يذكر
انه اذا حلف الثاني ماذا حكمه وقال اخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضي بنكوله للاول وَقوله لكونه اقرارا اي
لكون النكول اقرارا دلالة وَقوله اما هذا العبد اي يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لانه لما اقر به للاول
وثبت به حق الاول لا يفيد اقراره به للثاني لانه لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وَقوله بناء اي قال الخصاف يحلفه عند
محمد بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف كما اذا اقر بالوديعة
لانسان ثم قال اخطأت بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن
للآخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وَهذا اذا دفعها الى
الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لابي يوسف لان بمجرد اقراره لم يفوت على احد شيئا وانما الفوت
بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن وَلمحمد انه سلط القاضي على القضاء بها للاول لاقراره وقد اقر انه
مودع للثاني والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات **كتاب العارية**
قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه
جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان يعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة
العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وَكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير قيل وهو قول الشافعي قال لانها
تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل على انها
اباحة امّا الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة وَامّا الثاني فلان التمليك يقتضي ان يكون المنافع معلومة
لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تمليكا للمجهول وَامّا الثالث فلان المعير يملك
النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجر لا يملك نهي المستاجر عن الانتفاع وَامّا الرابع فلان المستاجر يجوز ان
يوجر المستاجر لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز ذلك كما في الاجارة والهبة وَقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك

فان العارية من العرية وهي العطية وهي انما يكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك منفعة داري
هذه شهرا او ما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فَان قيل المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك اجاب بقوله والمنافع
قابلة للملك كالاعيان وبنى على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض وذلك ظ لا نزاع فيه ثم الاعيان تقبل النوعين
فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة وَفيه بحث من اوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي لا تقبل الا ان المعرف اذا
عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض لكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما
الاستدلال فانما يكون في التصديقات وَالثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي
الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه وَالثالث ان
من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان وَيمكن ان يجاب عنها بان
هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما ذكره بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني
جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض
كان سالما من الشكوك وليس في كلام المص ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى قوله ولفظ الاباحة جواب عن قول الكرخي انها
تنعقد بلفظ الاباحة وَوجهه ان ذلك مجاز كما ان الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تمليكا قوله والجهالة
لا يصح التمليك وَوجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم وَوجه آخر ان
الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وَقوله والنهي منع عن التحصيل جواب عن قوله وكذا
يعمل النهي فيه وَوجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي منع المستعير عن تحصيل المنافع التي
لم يتملكها بعد وذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير اي وقت شاء كما في الهبة وَقوله ولا يملك
الاجارة جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها
او حكمها وشرطها قابلية العين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر من اخر التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع وهي
عقد جائز لانه نوع احسان وقد استعار النبي م دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلقه به
قال ويصح بقوله اعرتك هذا لبيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد
العارية واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه اي مجاز فيه وَفي عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صحيح
لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صحيح كما عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين وَالجواب كلاهما صريح لكن
احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الاخر حقيقة وَمنحتك هذا الثوب اي اعطيتك المنحة
وهي الناقة او الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب من لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر حتى قيل في كل من اعطى شيئا منحه
وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به اي بقوله هذا الهبة لانهما التمليك العين عرفا وعند عدم ارادة الهبة تحمل على تمليك المنافع
تجوزا اي مجازا من حيث عرف العام وَاخدمتك هذا العبد لانه اذن له في الاستخدام وهو العارية وداري لك سكنى لان
معناها سكناها لك وهي العارية وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسير القوله لك لانه
منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا ميزه تعين المنفعة فحمل الكلام عليها اي على
تمليك المنافع بدلالة اخرى حمل المحتمل على المحكم وَللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله م المنحة مردودة والعارية مؤداة

اي واجبة الرد

ووجه الاستدلال ظ وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة في ان العارية مستحق الرد ولان
المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد منها لم يتصل به القبض وهو لا يملك الا به فصح الرجوع عنه قال
والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن اي ان هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا تحمله مثلها او استعملها استعمالا
لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض المودع فيها لاجل المودع لا لمنفعة نفسه وقوله لا عن استحقاق اي لا عن استحقاق
قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه احتراز عن الاجارة فان المستاجر يقبض المستاجر بحق له ليس للمالك النقض قبل مضي
المدة بدون رضاه فان قيل قبض باذن ومثله لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة
ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على
سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا ولنا ان اللفظ لا ينبئ
عن التزام الضمان يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك موجبا له اما العقد فلان
اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها على اختلاف القولين
وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك
لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف
اليه قوله والاذن جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع بعضها لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد
الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا ضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن
ثمة تعد ولا ضمان بدونه وقوله وانما وجب الرد مؤنة جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد لا يدل
على انه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانها على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على ان القبض
لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجد الرد وجب الضمان
وقوله والمقبوض على سوم الشراء جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان
الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن
لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك
لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة نظرا له لان الاصل في ضمان العقود
هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد واذا لم يوجد العقد صير الى الاصل وقوله على ما عرف في موضعه
قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارة من المبسوط قال وليس للمستعير ان يواجر المستعار فان آجر فعطب ضمن
لوجهين احدهما ان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما فوقه والثاني انا لو صححناه فاما ان يكون لازما او غير لازم ولا
سبيل الى شيء من ذلك اما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع واما الاول
فلانه يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا تقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة
لازما وهو ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فابطلناه واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم

فساد الوضع هو ان يترتب على العلة نقيض ما تقتضيه فاذا كان الطرد العكس سمي الخلل بالوضع شرعا

والمعير

والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستاجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير
لم يرجع على المستاجر لانه ظهر انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر رجع على الموجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا للضرر
الغرور بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام والسكنى
والزراعة وقال الشافعي ليس له ان يعيره لانها اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا اي كون
الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت
في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فيتضمن مثله كالموصى له بالخدمة جاز ان
يعير لتمكنه المنفعة قوله والمنافع اعتبرت قابلة جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك
فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك
المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما
يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره وقال الشيخ هذا اي ما ذكرنا من ولاية
الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة فوجب ان نبين اقسامها فقال وهي على اربعة اوجه وهي قسمة عقلية
احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني ان يكون مقيدة فيهما والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق
الانتفاع والرابع بالعكس فللمستعير في الاول ان ينتفع بها اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له ان يجاوز
فيما سماه من الوقت والمنفعة الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها
قفيزا من حنطة اخرى او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف
الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه
لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة
والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وفي الثالث والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع على هذا فلو استعار
دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لان
المطلق كان له التعيين حتى لو ركب بنفسه تعين الركوب فليس له ان يركب غيره وبالعكس كذلك فلو فعله ضمن لتعين الركوب في
الاول والاركاب في الثاني وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا
استعار الدراهم فقال له اعرتك دراهمي هذه كان بمنزلة ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان
الاعارة تمليك المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك العين اما بالهبة
او القرض والقرض ادناهما فيثبت لكونه متيقنا قيل لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل وما هو اقل ضررا فهو الثابت
يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد عجز عن رده فاقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا اطلق
الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة
وصار كما اذا استعار آنية ليتجمل بها او سيفا محلى يتقلده يقال عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذي
يقاس به غيره ويسوى قال واذا استعار ارضا للبناء والغرس جاز وللمعير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس اما الجواز

فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما بينا يعني قوله وللمعير ان يرجع في العارية
متى شاء لقوله عم المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف فلان الرجوع اذا كان صحيحا بقي المستعير شاغلا ارض
المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان وقت العارية او لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور
من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده مدة طويلة من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت
العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه
مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان
هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس
ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى وقت كذا فان لم
اتركها فانا ضامن لك بقيمة حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت
صحيحة شرعا لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس
اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا
قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما كذا ذكر القدوري يريد به ضمان ما نقص وذكر الحاكم الشهيد ان المعير يضمن
للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه قالوا يعني المشايخ
اذا كان في الارض ضرر بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قيل يعني كلا
هذان ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق فالخيار
في الابقاء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظ ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى
يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت او لم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين
فانه لما كان الترك باجر لم يفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الآخر بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا
للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير اجرة رد العارية على المستعير واجرة رد العين المستاجرة على الموجر وذلك
لان الاجر مؤنة الرد فمن وجب عليه الرد وجب اجرة والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم
وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فيكون عليه مؤنة
رده لما ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة الموجر منفعة والعين
لكونه متبرعا اولى من المنفعة وعلى هذا كان اجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك
فيكون المؤنة عليه ومن استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار
كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد الى المالك وعلى المودع
الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا ليس في غيرها
وهو رد العواري الى دار الملاك معتادا كآلة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار
عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردها الا الى المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني
ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده واجيره مسانهة او مشاهرة فهو صحيح لانها امانة وله حفظها على يد من في عياله كما في الوديعة

وكذا

قوله اذا قلع في الحال الخ اقول فيه كلام وهو ان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي ان يرجع بها كما لا يخفى وهذا الاشكال اورده الفاضل المحشي الشهير بيعقوب باشا قوله الظاهر ان قوله قيمة النقض من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة فلا اشكال سعدي

قال المصنف لان له نهاية معلومة اقول قال ابن الهمام فصل في التعليل لانه لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقتة لان لها نهاية معلومة ولان الوقت منصوص عليه صريحا في الاعارة للزرع الوقت بالدلالة وفي النص اقوى من الدلالة انتهى والجواب ان الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت او لا والزرع له نهاية معلومة فلا يلزم اعادة تحقيق حالي سعدي

وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لوجود الرضى من المالك لانه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده واختلفوا
في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقيل به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها
مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بانه يملك
الايداع وهو مشايخ العراق اولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذ ذاك مودعا وليس له ان يودع غيره
فاذا اودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظ لا يحتاج الى الشرح

كتاب الهبة

قد ذكرنا وجه
المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي
من لدنك وليا وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع لقوله عم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع
وتصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف في
هذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا
يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف
الصدقة ولنا قوله عم لا تجوز الهبة الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق
ولانه عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه الزام التسليم ورد بان
المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمام ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن
شرع في صوم او صلوة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا
كما ذكرتم من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء
فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت بها بدون القبض
لانه لا الزام ثمه زيادة على ما تبرع وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ح لا يتصور الالزام على المتبرع
لعدم اهلية اللزوم وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد
القول كالوصية الحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم والملك
الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي
لكون الموت منافيا للمالكية فصح الالحاق قوله وحق الوارث متاخر جواب عما يقال الوارث خلف الموصي في ملكه فوجب ان
يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث متاخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام
الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب
جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين
وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير
بدون الاذن غير صحيح ولنا وجه الاستحسان في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم و
هو ثبوت الملك يتوقف عليه فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول و
المقصود منه اي مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك يكون الايجاب منه تسليطا
على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا

للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم لا القبض اجاب بقوله بخلاف ما اذا نهاه يعني صريحا في المجلس لان الدلالة لا يعمل في مقابلة الصريح وفيه بحث لان الاول لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن واجيب عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وجد عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا معتبر به **قال** وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها الهبة وقد تقدم لنا القول في قوله لان الاول صريح فيه والثاني يستعمل فيه وكلامه واف لافادة المطلوب سوى الفاظ نذكرها قوله اكل اولادك نحلت مثل هذا روى النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي ان تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال الك ولد سواه فقال نعم فقال اكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور وقوله عليه السلام ولو شرط من بعد اي ولو شرط المعمر له من بعد المعمر يعني بتبقية الهبة وبطل مقتضى من شرط الرجوع وكذا لو شرط الرجوع صح وبطل شرطه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى محتمل لفظه فيما فيه تشديد عليه عملت نيته لا يقال هذا مناقض ما تقدم في العارية من قوله لانها لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هنالك ان قوله لانها لتمليك العين يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله هنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي ولو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة قوله ولو قال داري لك هبة سكنى هبة انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال او التمييز بما في قوله داري لك من الابهام وقوله لان العارية محكم في تمليك المنافع كان الواجب ان يقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز ان يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود انه ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير والفرق بينهما ان قوله سكنى اسم فجاز ان يقع تفسيرا للاسم الآخر بخلاف قوله تسكنها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم **قال** ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الموهوب اما ان يحتمل القسمة او لا وضابط ذلك ان كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب الثمر على النخل دون النخل او الزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز اي مقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا حاز وقبض الثمر الموهوب على النخل ولكن ذلك الثمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم يقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت

ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد الموقوف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب المعين المقسوم فيما هو غير مقسوم وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ملك المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون رأس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع مبطلا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم فان ذلك يدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا ان القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه السلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء لوجوده وقبض المشاع ناقص لانه لا يقبله الا بضم غيره اليه اي بضم غير الموهوب الى الموهوب او بالعكس فان كلا منه يحتملهما والغير غير موهوب غير متميز عن الموهوب فكل جزء منه يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفي تسميته العدم المنافية للاعتناء بشأنه ولان في تجويزه الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر مرضي لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا اي ولان تجويز هذا العقد الزام ما لم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفى به ضرورة لانه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل ان لزمه المهاياة وفي ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة كذلك اجاب بقوله والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والمتبرع به هو العين ولقائل ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويندفع التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع قوله والوصية جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا

يصح نفيد اجيب بان كلامنا فيما يكون القبض منصوصا عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه
ولانهما عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما ... يعني والحال انه ...
جازت فالجواب سياتي والقرض تبرع من وجه بدليل انه لا يصح من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض
مضمون بالمثل فلشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على
ان القبض فيه ليس منصوصا عليه فيراعى على الكمال ولو وهب من شريكه لم يجز وان لم يلزم فيه مؤنة القسمة لان الحكم
يدار على نفس الشيوع فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكانه اشارة الى الوجه الاول وعلى ذلك
قيل الوجه الثاني غير متمش في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة نوعية لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم
الاطراد في كل شخص ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله
ولا يجوز الهبة فيما يقسم لا محوزة وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين وكانت معلومة من ذلك لكن اعادها
تمهيدا لقوله فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه يتبين ان المانع من الشيوع كان عند القبض حتى لو
وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها جملة جازت قال ولو وهب دقيقا في حنطة بني كلامه
هنا على ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الافراز
لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك ان مراد المص بقوله
لا يجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لان امتناع الجواز للاتصال هو عدم افادة ثبوت الملك فلا
يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائز لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز في المشاع كما في
المعدوم وانما جعل الدهن في السمسم والدقيق في الحنطة معدوما لانه ليس بموجود بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن
ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة واذا كانت العين في يد الموهوب له لا
يحتاج الى قبض جديد لانتفاء المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض لها انه جاز ان ينوب عن قبض الهبة بخلاف
اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما
عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد شخص وعارية فوهبه اياه لا
يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان في يده مغصوبا او بيع فاسد فوهبه
اياه لم يحتج الى تجديده لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض
الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهي الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها
واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد بشرط الا انه فيه احتياط
للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد اياه لان الموهوب في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة و
في مودع كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره يعني في الاولين او في ملك غيره
يعني في الاخير والصدقة في هذا كالهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له
وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الاب وعدم الوصي لان عند وجودهما ليس لها ولاية القبض
وكذا كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة لاجل اليتيم قيل لطلوع جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح

... صاحب النهاية

وهو قوله ولانه في تجويزه الزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة

يعني في قوله ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة

ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكا له

ويختص لكونه حاله ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه
فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس
لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يوجد واحد منهم جاز قبض
من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة
لكونه من باب المنفعة والا ترى انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على
قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر على
ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب وان وهب للصغير اجنبي هبة تقبض
الاب لانه يملك الامر الدائر بين النفع والضرر فالمحض اولى بذلك قال واذا وهب لليتيم هبة اي اذا وهب لليتيم مال
فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب وجد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان
كان اليتيم في حجر امه اي في كنفها وتربيتها فقبضها له جائز لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان
له يدا معتبرة الا يرى ان اجنبيا آخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد
من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض
نفعا له فان قيل عقل الصبي اما ان يكون معتبرا او لا فان كان الثاني وجب ان لا يصح قبضه وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار
الخلف مع وجود اهليته فالجواب ان عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفيرها
ايضا لانه ينفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر في المتردد بين النفع والضرر سد الباب المضرة
عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الامور فلا بد من جبره براي الولي واذا وهبت للصغيرة
هبة ولها زوج فاما ان زفت او لا فان كان الاول جاز قبض زوجها لها لان الاب قد فوض امورها اليه حيث زفها
اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا تبطل بذلك ولاية الاب حتى
لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها واطلق المص عن كونها تجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن
لا تجامع لا يصح قبض الزوج عليها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكر
في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا بخلاف الام وكل من يعولها غيرها فانهم لا يملكونه الا بعد موت
الاب او غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله
يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا
يملكونها الا بعد الموت او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها وان كان الثاني فلا
معتبر بقبض الزوج لها لان ذلك بحكم انه يعولها وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف قال واذا
وهب اثنان من واحد دارا جاز واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع لان الشيوع اما ان يكون
بالتسليم او القبض وهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت بالعكس لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يجوز
لان هذه هبة الجملة منهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هبة الجملة كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع
في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز ففي الهبة اولى

فالنفع ص

وسواء الجد ووصي الاب والجد

اي مع وجود الاصل وهو اهلية الصبي

يعني اذا وهب واحد من اثنين

ولابي ح ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح فصار كما لو وهب النصف
لكل واحد منهما بعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير
ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا وهب المالك مشاعا
وهو حكم التمليك يثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال
الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن
جوازها شائعا ووجه ذلك ان يقال ان سلمنا ان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين واما ان المانع
هو لحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع منحصرا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به قوله بخلاف
الرهن جواب عما استشهد به ووجهه ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا
يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع
الصغير يدل على ان الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل يدل على انه لا فرق بين
الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لانه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض
والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة يراد بها وجه الله تع وهو واحد لا شريك
له فيقع جميع العين لله تع على الخلوص فلا شيوع فيها واما الهبة فيراد بها وجه الغني والغرض انهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح وتاويل
ما ذكر في الاصل ان الصدقة على غنيين فيكون مجازا كالهبة ومجوز المجاز ما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما تمليك بغير بدل قال
ولو وهب لرجلين دارا اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا اختلاف سواء
كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص وهبت لك ثلثه للآخر او بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه
وللآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب فان كان الثاني لم يجز عند ابي ح مطلقا اعني سواء كان متفاضلا او متساويا على اصله وجاز
عند محمد مطلقا على اصله وفرق ابو يوسف بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية على
ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن ابي يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المص وصاحب النهاية جعل قوله ولو قال
لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما
انه لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المص عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا والفرق لابي يوسف ما ذكره
في الكتاب ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفضيل
بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فلكونها غير معدول بها عن اصله وهو اصل محمد
فليست بمحتاجة الى دليل وهذا التوجيه ينظر خلل ما قيل انه في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض
نوع اختلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد
الاجمال كما في قوله لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز وانما لا يجوز عند التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذا لم
يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست بمحتاجة الى
الدليل لجريانها على اصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن
فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض خلافا انه يستوي فيه المساواة والمفاضلة بناء على اصل يصح ان

فقد تقدم ص

وهو ما من اصله ان هذه هبة الجملة منهما كما اذا لم ينص على الشيوع ... رهن من رجلين ص

يكون مبني الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد
عند الاجمال تملك كل واحد منهما النصف ولم يرد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا
ويفيد تفريق العقد فكانه اوجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع حملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان
حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت والله اعلم

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع
عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد بالاجنبي ههنا من
لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما وليس بذي رحم كالاخ من الرضاع
وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان لان لابد من قيد آخر من احدهما وسلمها اليه وكانها لم يقترن من موانع الرجوع
شيء حال عقد الهبة ولعله تركها اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عم لا يرجع الواهب في هبته
الا الوالد فيما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس رض ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده قوله بخلاف هبة
الوالد لولده جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وتقريره انا لا نم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزء له
قوله على اصله اي على اصل الشافعي فان من اصله ان للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه او كسبه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه
من وجه ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة لان
ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان لغيره فيها حقا ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها
عن الفائدة اذ هو حق قبله وان شرط العوض ولان المقصود في الهبة هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان
يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد تمكن العاقد
من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقبله والمراد بما روى نفي استبداد
الرجوع يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء او رضا الا الوالد فان له ذلك اذا احتاج اليه لحاجته وسمي
ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب اي القدوري فلا رجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة
لقوله عم العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا الاستقباح لا التحريم بدليل قوله عم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يعود
حيث شبهه بعود الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة ثم للرجوع موانع ذكر بعضها يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله
موانع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له والعين العوض والخاء
الخروج عن ملك الموهوب له والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المص فقال الا ان يعوضه عنها
لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة ولا بد من قيد آخر وهو ان يقال يورث زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراط الزيادة فلان
النقصان لا يمنع الرجوع واما اشتراط الاتصال فلان المنفصلة لا يمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع
وانما منعت المتصلة لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد واما اشتراط كونها
مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم يكن كذلك كانت نقصانا او زيادة صورة كانت نقصا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا وطولب
بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب
بان الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان يكون مقصودة

ويمكن ان يقال المراد منها ما كان زيادة صورة ومعنى

بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليهما والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع
لا محالة ولا الى الثاني لانه يبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربوا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب
له مجانا لم يفض الى الربوا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا يكون
الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة واذا مات احد المتعاقدين
بطل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حيوته وان مات
الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه وكذلك اذا اخرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد
الملك بتجدد سببه وهو التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن الرجوع فكذا في تبدل السبب قال فان وهب
لآخر ارضا بيضاء هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآري هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقهاء
وعند العرب الآري الآخية وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا اقام فيه وقيد بقوله وكان
ذلك زيادة فيها والواو للحال لانه ربما لا يكون كذلك وكان لعظم المكان يعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح
وقوله واذا قال الموهوب له للواهب باب للالفاظ التي يستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع
واما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس من شرط العوض ان يساوي
الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل
الخلع والصلح لكنه شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط ان لا يكون العوض بعض الموهوب مثل ان يكون الموهوب
دارا والعوض بيت منها والموهوب الفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لانا نعلم بيقين ان قصد الواهب من
هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فانه قال التحق ذلك بسائر امواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا بهذا و
الجواب ان الرجوع في قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فائدة او ذكره اتفاقا اجيب بانه من
اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل لان
الموهوب له يؤدي الى المعوض ما امره به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا
عوض بامره غير ان المعوض عنه لا يرجع عليه بالعوض سواء كان بامره او بغير امره ما لم يضمن الموهوب له صريحا اما اذا كان بغير امره فظ
واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه
الضمان ما لم يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع
في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلثة وقال زفر يرجع بنصف الهبة قياسا لاحد العوضين على الآخر لان كل
واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا
ان الباقي يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء لان
البقاء اسهل من الابتداء ولان ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق لانه ظهر انه
لا عوض من الابتداء الا هو وعورض بان الفرض انه عوض واجزاء العوض ينقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل
كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء واجيب بان ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك
فليس الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانهما يتم مبادلة فيوزع البدل

يعني كونه مقصودة بالرد

وقد تسمى الآخية ايضا آريا وهو حبل تشد به الدابة في محبسها صح

يشترط فيه صح

والكنه بل الملك ... سواء الجنس وخلافه لانهما ليسا بمعاوضة محضة فلا يتحقق الربوا ولان لا ينقص العوض على صح

على المبدل والجواب عن قياس زفر ان المعوض علل ان الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب
فيملك الهبة ابتداء من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع والعلة لا ينقسم على اجزاء الحكم قوله الا ان اي
الا ان الواهب يتخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسكه ولم يرجع بشيء لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا
ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي من العوض وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان
المانع خص النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض فان قيل قد
تقدم ان العوض لاسقاط الحق فوجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزي الاسقاط كما في الطلاق واجيب بانه ليس باسقاط من كل
وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فيجوز التجزي باعتباره بخلاف الطلاق قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما لا يصح الرجوع
في الهبة الا بالرضاء او القضاء لانه مختلف فيه بين العلماء قيل لان له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا
فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة ليتقوى بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعا لم ينفذ حكمها ما لم ينضم
اليها القبض وفيه نظر لما تقدم غير مرة والمخلص حمله على اختلاف الصحابة رض ان ثبت قوله في اصله وهاء اي في اصل الرجوع ضعف
لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد
خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لان مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء
لان مقصوده منها ان كان الثواب فقد حصل وان كان العوض لم يحصل فاذا تردد لا بد من الفصل بالرضاء او القضاء حتى لو
كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك قبله لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعده لان اول
القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالرضاء كان فسخا من الاصل
وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء
كان فسخا واذا كان بالرضاء فهو كالبيع المبتدأ والجواب ان التراضي على سبب موجب للملك او على رفع سبب لازم يجعل العقد
ابتدائيا وههنا تراضيا على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض
الواهب ويصح في الشائع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء هبة مبتدأة لما صح فيما يحتمل القسمة
كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارئ لا اثر له فيهما قوله لان العقد هو الدليل على المطلق
وتقريره ان هذا العقد جائز الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق يقابله
ولا فرق في ذلك بين الرضاء والقضاء لانهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق ليشمل التراضي
والقضاء قوله بخلاف الرد جواب عن قياس زفر وتقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما يكون في صورة القضاء خاصة لان الحق
هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا
كان العقد تاما لم يتعين الفسخ فاذا تراضيا على ما لم يقتض العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما واما القاضي فانما يقضي
اولا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترقا
وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء او بالرضاء وفائدة هذا الوجه انه لو
وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع سواء رجع الثاني بقضاء او بغيره خلافا لزفر
في غيره واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع ان يرد على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان

يعني فليس له ذلك قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن
لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له اي للواهب احتراز عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل
للمودع في ذلك القبض بحفظها لاجله فان قيل غره بايجاب الملك له في المحل واخباره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع
اذا غر المشتري اجاب بان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة ان الواهب لو
ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب لم يذكره المص فكان سبب الرجوع اما
الغرور في ضمن المعاوضة او بالضمان نصا واذا وهب بشرط العوض مثل ان يقول وهبتك هذا العبد على ان تهب لي هذا العبد
لا ان يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في
العوضين لم يثبت الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالشيوع فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب
وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانها بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك
بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظ ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة
البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين لو امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما
اما انه مشتمل على الجهتين فظ واما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في
البيع كما في البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض اذ انتفى المنافاة امكن الجمع
لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداءه بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاءه بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك بعوض كالهبة
في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة
وانتهاؤه بمعناه حتى من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى (يكون ح)
الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه **فصل**
لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة **قال** ومن وهب جارية الا حملها
اعلم ان استثناء الحمل على ثلثة اقسام قسم منها ما يجوز فيه اصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها
ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الهبة و النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه اذا وهب جارية الا حملها صحت الهبة
وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا يعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف
مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لم يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا كان شرطا فاسدا
لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد
والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجيء وطولب بالفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع فانه اذا وهب
الصوف على الظهر وامره بجزه او اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الحمل واجيب بان ما في
البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل
في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن قوله وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم
في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيع والاجارة والرهن اشارة الى
القسم الثاني لانها تبطل بها اي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسنذكرها فيها ولو اعتق ما في بطنها

(هامش: والجواب الآخر سوى الجواب الاول فان في كل واحد نوع مساعدة فان لعاقل ان يقول واللبن ايضا مما لا يعلم وجوده حقيقة ه)

عن دهنها

(عن ملك الواهب)

ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فيكون جائزا واستثناء الا
في الحال انه يجوز الهبة ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يشبه الاستثناء في التجويز لان الجواز (اي في تجويز الهبة)
في الاستثناء كان بابطاله وجعل الحمل موهوبا وههنا التدبير يمنع عن ذلك فبقي هبة المشاع وهي لا تجوز فان قيل هب انها
مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة اجيب بان عرضيته للانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في
الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المص لما استشعر هذا السؤال اردفه
بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع تحقيقا فان
قيل هل يصح ان يجعل مسئلة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة به قلت نعم اذا اريد بالاستثناء التكلم بالباقي
بعد الثنيا فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ومسئلة التدبير كذلك كما مر فكانتا متشابهتين والاعتاق لا
يورث ذلك فلم يشابهه والمص اراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما
تقدم قال ومن وهب امة على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها
او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم
كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشروط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه
ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد او الاعتاق وغير ذلك بعد بها والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والاصل
في ذلك ما روي ان رسول الله صلعم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر رجوعها اليه بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف
البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عم نهى عن بيع وشرط لان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست
منها **قال** ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بريء او قال اذا اديت الي النصف
فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه ولهذا يرتد بالرد واسقاط من وجه لانه لا يتوقف
على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تمليكا من وجه واسقاطا من وجه والتعليق بالشرط
يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين ممن
عليه لا يتوقف على القبول منقوض ببدل الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه توقف على قبوله اجيب بان توقفه
على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين
لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول قوله قلنا انه يرتد بالرد يفيد باطلاقه ان عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي
عن السلف وقال بعضهم يجب ان يرده في مجلس الابراء والهبة وقوله بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات
المحضة ما لا يحلف بها اي لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها ومنها ما يحلف بها
كالطلاق والعتاق وغيرهما والعمرى وهو ان يجعل داره لشخص عمره فاذا مات يرد عليه جائزة للمعمر له في حال حيوته ولورثته بعده
لما روينا انه عم اجاز العمرى والشرط وهو قوله واذا مات يرد عليه باطل لما روينا انه عم ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان
العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله داري لك هبة والرقبى هو ان يقول الرجل لغيره داري لك
رقبى باطلة عند ابي ح و م لانه لا يفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عندهما يجوز للمعير ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت شاء لانه يتضمن
اطلاق الانتفاع وعند ابي يو جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق بالخطر لانه كان الرقبى ما خوذ

من المراقبة وان كان مأخوذا من الارقاب فكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح ان النبي عم
اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان يقول ان مت قبلك فهي لك اخذه من المراقبة كانه يراقب موته وهذا
تعليق بالخطر فيكون باطلا وقوله ولان معنى الرقبى عندهما يشير الى ان ابا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر
وهو ان جعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها
لاجل ما عنده مردود حده ليس بمستحسن فان قيل فما جوابهما عن حديث جابر رض ان النبي م اجاز العمرى والرقبى اجيب بانه محمول
على انه م سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح صحيح فاجاب بجوازه **فصل في الصدقة** لما كانت الصدقة تشارك الهبة
في الشروط وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلا **قال** الصدقة كالهبة الصدقة لا تتم الا مقبوضة لانها
تبرع كالهبة فلا يجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما بينا في الهبة ان الشيوع يمنع تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود
هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها وفيه تأمل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله ليس بواجب فلا يقطع بحصوله
ويمكن ان يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غني بطل الرجوع استحسانا وفي القياس له الرجوع لان الغرض
حصول العوض ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب واذا وهب لفقير فكذلك لان المقصود الثواب
وقد حصل وعن هذا ذهب بعض اصحابنا الى ان الهبة والصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع كما انهما سواء في حق
الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغني لا يناني القربة
قوله ومن نذر ان يتصدق بماله الخ ذكرنا هذه المسألة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا

كتاب الاجارات لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع
بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة لغة وشرعا وانما
جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب
ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل
فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها وحمام يدخل فيها وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن بالغه الا بشق الانفس وسببها ما مر غير مرة
من تعلق البقاء المقدر بتعاطيها واما شرطها فمعلومية البدلين واما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين اضيفين من الالفاظ الموضوعة
لعقد الاجارة واما حكمها ودليل شرعيتها فسنذكر ان شاء الله تعالى **قال** الاجارة عقد على المنافع بعوض بين المفهوم الشرعي
قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شيء عنها فالشرعي اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك
المنافع وهي غير موجودة في الحال لم يقتض القياس جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا
بالاثر ومن الاثر الدال على صحتها ما ذكره في الكتاب هو قوله م اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجر
دليل على صحة العقد وقوله م من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان ان معلومية الاجرة شرط جوازها وينعقد الاجارة
ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لانها هي المعقود عليه فالملك في البدلين ايضا يقع ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي
التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة فان قيل اذا كان كذلك وجب
ان يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استأجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب
بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين ثم يظهر عمل

العقد واثره في حق المنفعة يعني يتراخى حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا يعني يثبتان معا حال وجود المنفعة
بخلاف بيع العين فان الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق الى نقد الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع
بشرط الخيار ولا تصح الاجارة حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله م من استأجر اجيرا فليعلمه
اجره فانه كما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان المعقود عليه في الاجارة
هو المنافع وهو الاصل والمعقود به وهو الاجرة كالتبع كالثمن في البيع فاذا كان معلومية التبع شرطا كان معلومية الاصل اولى
بذلك ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا
في البيع صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا
كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح ان يكون اجرة كما اذا استأجر دارا
بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا كانت بيعا
بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال آخر
فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا قوله
فهذا اللفظ يريد به قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينفي صلاحية غيره كما ذكرنا لانه عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان
والمنافع اموال فجاز ان يقع اجرة ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة
فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة **قال** والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة قد تقدم
ان المنفعة لا بد وان يكون معلومة في الاجارة فلا بد من بيان ما يكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والاراضي
للزراعة مدة معلومة كائنة ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بان
سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين افضى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها
عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها
مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجل في البيع واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظن
في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل المتيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها وجوزه
آخرون منهم الخصاف رح لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او
احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم
يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة قوله الا ان
في الاوقاف لا يجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زاد على
ثلاث سنين هو المختار كيلا يدعي المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف ان لا يؤجر اكثر من سنة واما اذا شرط فليس للمتولي
ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك رفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد
الاجارة كما اذا استأجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب لون الصبغ وقدره او استأجر خياطا على خياطة ثوبه وبين
الثوب وجنس الخياطة او استأجر دابة للحمل او الركوب وبين جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تصير معلومة بالتعيين و
الاشارة كما ذكر في الكتاب **باب الاجر متى يستحق** لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد

بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال الاجرة لا تجب بالعقد قال صاحب النهاية
الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي
التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا يملك لان محمدا
ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب ايفاؤها فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه و
ذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان
يكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيهما وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله ويستحق بمعنى تملك
يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان
المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان
دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم
فيما يقابله من البدل فان قيل لنا ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان
الضروري اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب
حدوث المنافع على ما بينا والعقد اي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن
ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل وهو الاجر تحقيقا للمساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر
كذلك وكذا اذا شرط التعجيل او عجل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واعترض بان شرط التعجيل
فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد
من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان
تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها
صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قول ابي يوسف وابي حنيفة ممنوعة وجوزه محمد لان العقد
ثبت في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في
الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما ذاب له على فلان وصحة
الرهن لان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل او اشتراطه فكذا الرهن به والجواب
عن قوله لو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام انه ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك
على انه اقيمت العين مقام المنفعة فلم تكن دينا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام المسبب واما جعل المعدوم
موجودا فلم يعهد كذلك قوله واذا قبض المستاجر الدار لبيان ان التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا انه فعلى
هذا كان الواجب ان يقول باحد معان اربعة وان يقول او باستيفاء المعقود عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء
والتمكن منه يقوم مقامه احيانا وبدل احد الاقسام لا يكون قسيما بذاته فاذا قبض المستاجر بالاجارة صحيحة استاجره ولم
يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الآجر تسليم
العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير مقدور فكان تسليم العين

اي لا يجب على البائع تسليم المبيع قبل قبض الثمن

اي المستاجر

فانما

فانما قام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه او من الغير او من اجنبي سلطان او غاصب فقد
حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وتقصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال
شيء منها زال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل
ان يستاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب بها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها او سلمها فارغة فيها لكن استاجر
دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة او سلمها
فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب او سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان
او غصبه غاصب او لم يكن من ذلك اصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة
لان التقصير لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت
وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على مباشرة العقد الصحيح والفاسد منعه
عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا يمنع عن الانتفاع به والعرف قاض بتسليم المعقود عليه
في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا
عليهما ووجود المانع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره لوجود الانفساخ في ذلك القدر قال ومن استاجر دارا
ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا تخلو من ان يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد او لا وان كان الاول
فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفقا عليه شهرا كان او اقل او اكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء
جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فللموجر ان يطالبه باجرة
كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي وان استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان
سير كل مرحلة مقصود كسكنى يوم وهذا قول ابي حنيفة آخرا وكان يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر
وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في مدة لا يكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة
على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار
كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سياتي فان قيل قال المصنف فلا يتوزع
الاجر على اجزائها اي المنافع وهو خلاف المشهور فان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان
شرط القياس المماثلة بين الاصل والفرع وهو منتف لانه في المنافع قد استوفى المستاجر بعضها فيلزمه العوض بقدره ولا كذلك
العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء المعوض تنقسم على اجزاء العوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق
القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياطة وجد تقديرا لان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما تقديرا
على ان المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا البتة لم يكن المرجوع عنه وجه ووجه القول المرجوع
اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى
ان لا يتفرغ لغيرها فيتضرر به بل المطالبة تفضي الى عدمها فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع باجرة جهة الموجر فيمتنع الان
تفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فقدرنا بما ذكرنا من اليوم في الدار والمرحلة في
البعير وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كله لان العمل في البعض غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب

اي من ذلك القيود

بل الاجر وهذا يشير الى انه لو كان ثوبين ففرغ احدهما جاز ان يطلب اجرته لانه منتفع به وكذا اذا عمل في بيت المستاجر
لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال في النهاية هذا وقع
مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام
وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك ما يدل على ان من استاجر خياطا ليخيط له في بيت المستاجر فله الاجر
بقدر ما خاط ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفي من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال
ثم قال ولكن نقل من التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المص اتبع صاحب التجريد ابا الفضل الكرماني في هذا الحكم
واقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة واري ان ذلك انما يكون
اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا او للبدن او للدخريص حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم يكن الحصة معلومة
الا بتعيينهما او يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب اجرته كما في كل الثوب ولعل هذا
معتمد المص قال ومن استاجر خبازا ليخبز له ذكر هذا لبيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ
من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياطة آنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون فاذا استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق
بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط
من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم فان قيل اخبزه في بيته يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو اجير وحد واستحقاقه
الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل اجيب بان اجير الوحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استاجر شهرا للخدمة وما نحن
مستاجر على العمل فكان اجيرا مشتركا يتوقف استحقاقه على فراغ العمل فان اخرجه من التنور ثم احترق من غير فعله فله الاجر
لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه جناية توجبه قال المص وهذا اي قوله
لا ضمان عليه عند ابي ح لانه امانة في يده ولا ضمان على الامين وعندهما يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب
ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه
مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا
قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماد لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري واما
عند غيره فهو مجرى على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق اما عنده فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم
وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فعليه تغريفه الى القصاع لانه من تمام
عمله عرفا وان استاجره لطبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند ابي ح
باقامتها فان افسده المطر قبل ذلك او انكسر فلا اجر له لانه يصير مسلما ما لم يصر لبنا وما دام على الارض لم يكن لبنا وقالا لا
يستحقه حتى يشرجه اي يضم بعضه الى بعض لان التشريج من تمام عمله عرفا وباقي كلامه ظ قال وكل صانع لعمله اثر في
العين كالقصار وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم
في الثوب وهذا ظ والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما في المبيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل و
الوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقدير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان
ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه فالجواب ما اشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا

يلزمه

يلزمه الضمان لكنه لا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا
بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكره في باب ضمان الاجير وكل
صانع ليس لعمله اثر في العين كالحمال والملاح والجمال فليس له ان يحبسه لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما
هو قائم بالعامل ويعني به والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحمل يعني اذا لم يكن فيه من النشا وغيره سوى ازالة
الوسخ بالماء واما اذا كان ففي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المص وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان
ان احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له اثر في العين قيل هو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله فهو
وهذا بخلاف الآبق جواب عما يقال الآبق اذا رده انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر في العين قائم ووجهه ان الآبق
كان على شرف الهلاك وقد احياه برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله
اثر هو مذهب العلماء الثلثة وقال زفر قيل وهو مذهب الشافعي ليس له حق الحبس في الوجهين يعني في الذي لعمله فيه اثر وفيما لم
يكن لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كما لو عمل في بيت صاحبه والجواب ان الاتصال
بالمحل ضرورة اقامة العمل وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم فلا يسقط حق الحبس ونظير
ذلك الوكيل اذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له ان يحبس عند تقدم وصار كقبض المشتري المبيع بغير رضا البائع فان
للبائع ان يحبس وان تسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال واذا شرط على الصانع ان يعمله بنفسه واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه
نقل عن حميد الدين الضرير هو مثل ان يقول ان تعمل بنفسك او بيدك مثلا واليه اشار المص بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل
غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كان استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم
غيرها وفيه تأمل لانه ان خالفه الى خير بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الفن او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز وان
اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق العمل ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** لما ذكر
استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر وبعضه عقبه لان الاصل في الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل
والنقصان لعارض ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي فاما ان يكونوا على
جماعة معلومي العدد او لا فان كان الثاني استحق جميع الاجر وان كان الاول فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه
فيستحق العوض بقدره وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني واختاره المص واليه اشار بقوله ومراده يعني القدوري اذا
كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجده ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان
كان الثاني استحق اجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول فلا اجر له عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد له اجر الذهاب وهذا بناء على
ان المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب فعند محمد انه قطع المسافة لان المشقة فيه دون نقل الكتاب لخفته وقد اوفى بعض
المعقود عليه بذهابه فيستحق الاجر المقابل له وعندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب
وقد نقضه برده فيسقط الاجر كما اذا استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتا فرده فانه لا اجر له
بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بناهض على محمد لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة
ولم ينقض ما قطعه منها **باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها** لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها
ووقت استحقاق الاجر ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير

للمؤجر وما لا يعد خلافا قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى قيل صورة المسئلة ان يقول استاجرت هذه الدار شهرا
بكذا ولم يبين ما يعمل فيها من السكنى وغيره وذلك جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى فـ
سمي مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من
ذلك ووجه الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه قوله ولانه لا يتفاوت جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى
متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد
فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع
السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه ليس بمقيد بشيء دون شيء الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بالماء او الدابة
دون اليد ان لم يوهن البناء وفي الجملة كل ما لم يضر به البناء جاز ان يعمله فيه ويتقيد به قوله لا يسكن يجوز ان يكون بفتح الياء
وقوله حدادا يكون نصبا على الحال وينتفي به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم الياء والمنصوبات مفعول به وينتفي به
سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان
يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه متفاوت
في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت
الجهالة المفضية الى النزاع ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما
فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز ان
يستاجر الساحة وهي الارض الخالية من البناء والشجر ليبني فيها او يغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضي فيصح لها
العقد فاذا انقضت المدة لزم المستاجر قلعهما وتسليمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار لصاحب الارض هذا من جانب لانه ص
المستاجر واما من جانب المؤجر فان الارض اما ان تنقص بالقلع اولا فان كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه برضى
به المستاجر اولا وان شاء رضي بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لذاك لان الحق له فله ان لا يتركه وان كان الثاني فله ان
يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضى المستاجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك باجر المثل الى ان يدرك
لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين في ذلك لانا لو قلعناه تضرر المستاجر ولو تركنا الارض بيده بلا اجر تضرر المؤجر
وفي تركه باجر رعاية للجانبين فصير اليه واورد مسئلة الجامع الصغير ليبان ان الرطبة كالشجرة قال ويجوز استيجار الدواب للركوب
والحمل اذا استاجر دابة للركوب فاما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من شاء او على
ان يركب فلان فهي ثلثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان اركب شخصا ومضت المدة
فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز كما لو اشترى شيئا بخمر او خنزير و
في الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء لانه
عقد ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا هنا وان كان الثاني صح العقد ووجب
المسمى وتعين اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلنا فان اركب غيره بعد ذلك
فعطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب لا الاول والمراد بقوله فان تعدى كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف
المستعمل كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم الركوب بخلاف العقار فانه اذا شرط سكنى واحد بعينه جاز اسكان غيره لان التقييد

وهو انتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الامتعة فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك

فان اطلق الركوب هو ان يقول على ان يركب من يشاء والركوب الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لاختلاف الناس في الركوب ص

غير مفيد لعدم التفاوت فان قيل قد يتفاوت السكان ايضا فان بسكنى بعض قد يتضرر كالحداد ونحوه اجاب بقوله والذي
يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا واعتبر ما ذكرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقوله المص ويجوز استيجار الدواب للركوب
معناه لركوب معين اما نصا حقيقة او تقديرا وان سمى نوعا ومقدارا من شيء يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة
حنطة بعينها فله ان يحمل ما هو مثله في الضرر كحنطة اخرى غيرها وما هو اقل ضررا كالشعير والسمسم فانهما اذا كانا خمسة اقفزة
كانا اقل وزنا فكانا اقل ضررا وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل
اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان من حيث الكيل وانما جاز له ذلك لانه دخل تحت الاذن
لعدم التفاوت يعني به اذا كان مثلا او لكونه خيرا يعني به اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح
اذا كان مثلها كيلا لانه اثقل لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه
حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه وانما ذكره مع كونه معلوما مما
سبق لان ذلك كان نظير الكيل وهذا نظير الموزون وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها سواء
كان الرديف اثقل او اخف من الراكب لا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية
ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات والجناة جمع جان كنعاة جمع
ناع فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما انصافا لان رب جراحة واحدة
اكثر تاثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة
الحمل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وغير
ماذون فيه والسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطيق حمله واما اذا كان لا تطيق مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن
فيها اصلا لخروجه عن العادة كما اذا كان الزيادة من خلاف جنس المسمى كمن استاجرها ليحملها خمسة اقفزة من شعير فحملها مثل كيله حنطة
فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه ماذون في مقدار المسمى وغير ماذون في الزيادة فيوزع الضمان
ونوقض بالمستاجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس واجيب
بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن
الجميع فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو ماذون في بعض وغير ماذون في بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا
استاجرها ليركبها فاردف رجلا انه يجب ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استاجرها ليركبها بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة
فاذا اردف فقد اركب غيره وركب ايضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة لان في
الاركاب منفردا الخالف من كل وجه وفي الارداف ماذون من وجه دون وجه وهو يقع جملة كما مر قال وان كبح الدابة
بلجامها وان كبح الدابة بلجامها اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي ح وقالا لا يضمن اذا
فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح
لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف والضرب المتعارف فح
يكون داخلا لا مرادا الا ان العقد المطلق يتناوله ولا يتناول غيره ولابي ح القول بالموجب اي سلمنا انه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما
ينتفع به الماذون مقيد بشرط السلامة اذا امكن تحقق المقصود بها وههنا يمكن اذ يتحقق بدونه فصار كالمرور في الطريق و

استأجرها الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها النعمان بن منذر وهي على رأس ميل من الكوفة فجاوز بها الى القادسية
موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية واختلف المشايخ في معنى
هذا الوضع فمنهم من اول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر
بالعود من القادسية اليها مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى (اي الى الحيرة)
المالك معنى اذا استأجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق
بينه وبين المودع بان المودع مامور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مامورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق
لبقاء الامر لكونه مقصودا فيصح ان يكون الرد ردا الى نائب المالك والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعا للاستعمال لا
مقصودا فاذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائبا فلا يكون الرد ردا
اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك او نائبه ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين (الغاصب)
والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان يحصل البراءة
بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قيل الرد الى
المالك او نائبه ازالة للتعدي وهو يصلح مبرئا عن الضمان والرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل
ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه الضمان وتقرر الضمان على الغاصب الاول يوجب
سقوطه عن غاصب الغاصب بعد الرد لئلا يلزم كون الشيء مضمونا بضمانين فان قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية عكسه
ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد
على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق
الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ
فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة قوله وهذا اي الاجراء على الاطلاق اصح ومن اكترى حمارا بسرج فاستعماله بسرجه وافق (اي بذلك الشرط)
فان نزع فاما ان يستعمله بسرج آخر او اكاف وكل منهما على قسمين اما ان يسرج بسرج يسرج بمثله الحمر او لا وكذلك الاكاف
فان اسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بغيره اي من حيث المنع يعني لا فائدة في القول (اي باسرج يسرج بمثله الحمر)
بان هذا مقيد بان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره مماثلا له وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح
وقوله الا اذا كان زائدا عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان مأذونا في المسمى
غير مأذون في الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى ويوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان اسرج
بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف (البرذون التركي من الخيل)
لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج انه لم يتناوله الاذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر
ضمن عند ابي حنيفة ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن
وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان
في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا اصح وتكلموا في معنى قوله
الى تمام يضمن بحسابه هو احد الروايتين عن ابي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة

قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج
منوين والاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار المص في الدليل قال لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج (اي الاكاف)
سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل
المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر
من الآخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا وقوله
كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر للانبساط
وعدمه ومن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره فلا يخلو اما ان يكون مسلكه مما يسلكه الناس اولا فان كان الاول (اي كان مسلكه مما يسلكه الناس)
فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون احدهما اوعر او اخوف ونحو ذلك اولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد (الوعر ضد السهل)
اذ ذاك غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ
في الطريق الذي يسلكه الناس لم يقيد فما هذا التفصيل اجاب بقوله الا ان المراد عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم
يفصل وان كان الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى بالتبليغ
معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لتحقق التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في
طريق البر دون البحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة **قال** ومن استأجر ارضا ليزرعها
حنطة ومن استأجر ارضا ليزرع شيئا فزرع مثله في الضرر بالارض وما هو اقل منه يوجب الاجر لانه موافقة او مخالفة الى خير و
زرع ما هو اضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة مخالفة الى شر يصير المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص وتسقط الاجرة لان الاجر
والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات قوله ومن دفع (اي يستلزم التعدي)
الى خياط ثوبا ظاهر وقوله ينتفع به انتفاع القميص يريد به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله المقصود جهة الموافقة لان صاحب
الثوب رضي بالمسمى مقابلا بخياطة القميص دون القباء والخياطة **باب الاجارة الفاسدة** تأخير الاجارة
الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها **قال** الاجارة تفسد بالشروط تفسد الاجارة بالشروط فسادا
البيع بها لانها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر
المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رايت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من
الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في
النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضي خان وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع
اذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عنده كالاعيان ولنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة
بالعقد والضرورة تتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار
الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة تتبع الصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجر المثل وهذا يقتضي
لزوم الاجر بالغا ما بلغ لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسدة سقطت الزيادة وهذا يقتضي لزوم الاجر المسمى بالغا ما بلغ
لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى بخلاف البيع فان
العين متقوم في نفسه وهو اي القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكره لتذكير الخبر فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استأجر

دار اً كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك وحصره ترجيح بلا مرجح والواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وهل يلزم ان يكون النقض بحضور الآخر ولا اختلاف فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير حضور صاحبه على قول ابي ح و م ويصح على قول ابي يو ومنهم من يقول انه لا يصح بغير حضوره بلا اختلاف وتحرير ذلك مذكور في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد فيه لتراضيهما بالسكنى اوله الا ان الذي ذكره في الكتاب اي القدوري هو القياس ومال اليه بعض المتاخرين وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني بناء على ان راسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل مضى راس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرقا ثلثة منها ان يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال فيكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة مما سماه بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء لذكر الشهر منكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من العاقل ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه لعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان الليالي ليست بمحل له يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون الا بعزيمة منه ونذره لا يقترن ذلك بالسبب ثم ان كان العقد حين يهل الهلال على بناء المفعول اي يبصر فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل في الشهور العربية مهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي ح وهو رواية عن ابي يو ثلثمائة وستين يوما وعند محمد وهو رواية عن ابي يو ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهرا بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الآخر لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها فلا تتعدى الى غيره ولابي ح ان اتمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم بالايام ابتدأ الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير رابحة فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر كلها عند ابي ح بالايام وعندهما الباقي بالاول والاخير بالاشهر لم يمر في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المص قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي ح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام استيجار الحمام والحجام واخذ اجرهما جائز اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال م ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي م احتجم واعطى الحجام اجره ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة

الحمام اخذا بظاهر قوله م الحمام شر بيت ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن نهين عن التبرج وامرن بالقرار في البيوت وروي عن احمد بن حنبل انه لم يبح اجرة الحجام وكره كسبه عثمان وابو هريرة رضي والحسن والنخعي لما روى ابو هريرة رض ان رسول الله صلعم قال ان من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء اظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح ان النبي م دخل حمام الجحفة وتاويل ما روي من الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة فاما بعد التستر فلا باس بالدخول ولا كراهة في غلته كما لا كراهة في غلة الدور والحوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث ابي هريرة رض فاتاه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه آخر فقال ان لي عيالا وحجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس اي ضرابه وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجوازه وجها وهو انه انتفاع مباح ولهذا اجاز بطريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظئر للارضاع قلنا هو مخالف لقوله م ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وقوله على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشايخنا يريد به مشايخ بلخ استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار او عند عدم ضرب المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما لا بد لهم من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال ابو عبد الله الخيزاخزي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة كره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار على سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فانه لو استحقت به كان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي ح الا من الشريك ولا يجوز ان يوجر الرجل نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند ابي ح سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه او مجهولا وقالا يجوز لان للمشاع له منفعة ولهذا يجب اجر المثل وما له منفعة يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف لانه يمكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي ح انه آجر ما لا يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين احدهما ان يكون معارضة وتقريره آجر ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا كالدار او لا كالعبد غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا يصح اجارته لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثاني ان يكون ممانعة وتقريره لا نسلم انتفاء المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الاجارة وقوله والتخلية جواب عما قالا ان التسليم ممكن بالتخلية ووجهه ان التخلية لم يعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا وهو اي التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن فكانها اعتبرت علة وهي وسيلة الى التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول واذا فات المعلول لا معتبر بالعلة بخلاف البيع فان المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا وقوله واما التهايؤ جواب عن

قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو متوقف لانتفاء
شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عن ثبوته وقوله بخلاف
ما اذا آجر من شريكه جواب عن قولهما فصار كما اذا آجر من شريكه ووجهه انه اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا
شيوع وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز واجيب بان المراد لا شيوع يمنع التسليم
هو المقصود فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز ان يكون الشيوع مانعا للحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة
من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم ان الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام
المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيه سواء واما ههنا فلا ينعدم المعقود
عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك وقوله والاختلاف في النسبة لا يضر جواب عما
يقال سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان الشريك ينتفع بنصيبه بسبب الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار
فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك ان الاختلاف في السبب غير معتبر اذ المحل المقصود على انا نمنع جوازه على رواية الحسن عنه
فكان كالرهن على هذه الرواية وقوله وبخلاف الشيوع الطارئ بان آجر رجل من رجلين ثم مات احدهما فانه يبقى الاجارة
في نصيب الحي شائعا في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء لان القدرة لوجوب التسليم ووجوبه في الابتداء
دون البقاء ليس له تعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما اذا آجر نوع غموض لكن
يعرف بالتأمل وقوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين جواب عن ذلك ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق
الملك فيما بينهما طارئ فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء
من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما
تقدم في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا ابقاء للعقد فيهما والصواب ان
يقال الطارئ انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة استيجار الظئر
باجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يتبع كالصبغ
في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمص وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
حيث قال في المبسوط والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه هو
المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المص عن الجهة بقوله ولهذا لو ارضعته بلبن شاة
لا يستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا
كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسيأتي بيان العذر عن الارضاع بلبن الشاة وتعجب صاحب النهاية من اختيار المص ما اعرض عنه شمس الائمة
بعد ما ايده بالدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود
هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة
الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تشبث له بما روى ابن سماعة عن
محمد انه قال الاستحقاق على لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه

يعني بوصف المنع عن التسليم

بعقد

بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه
مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك قوله واذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين صح
اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا باستيجار عبد للخدمة مثلا فان قيل قد علم من اول المسألة جوازها حيث صدر الحكم
فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلنا ثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس ويجوز ان يكون توطئة
لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها يعني جازت باجرة معلومة كسائر الاجارات وبطعامها وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة
لان العادة الجارية بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قالاه من غيرها من الاجارات كالخبز
والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير
اشارة الى ما يجعله مجمعا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار وفسر قوله فان سمى الطعام دراهم بان جعل الاجرة دراهم ثم دفع
الطعام مكانها اي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن
يحتمل ان يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولو قدر في كلام المص
لفظ بان يقال ان جعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك وهذا اي جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه وكذا لو سمى الطعام
وبين قدره ولا يشترط تأجيله اي تأجيل الطعام المسمى اجرة لان اوصافها اي اوصاف الطعام بتأويل الحنطة اثمان اي او
اثمان من وجه لانها تثبت في الذمة اذا كانت دينا والاثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في السلم مبيع وان قال دينا
فاشترط تأجيله بالسنة ويشترط بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع والثاني ظاهر
قال وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها وطي المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له ان يفسخ الاجارة
اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج ممن يشينه ظئورة زوجته ولا وهو
هو الاصح لانها اذا كانت ترضعه في بيت ابويه فلها ان يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله ان يمنعها من ادخال
صبي الغير في منزله كما ان للمستأجر ان يمنع الزوج من غشيانها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم
ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كما لو مرضت
قوله وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي على الظئر والباقي ظاهر وقوله وان ارضعته في المدة
بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع دليل على ما قدمنا فانه انما لم
يجب الاجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ولهذا لو اوجرت الصبي بلبن الظئر في المدة لم يستحق الاجرة فعلم بهذا ان المعقود عليه
هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن وقوله انه اختلف العمل بدل من قوله لهذا المعنى في بعض النسخ وهو انه في بعضها لانه
فان قيل الظئر اجير خاص او مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات
او سرق من حلي الصبي او ثيابه شيء لم تضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا يرى انه ليس لها
ان تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص امين فيما في يده وفيه نظر لانه قال انه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في
الذخيرة ما يدل على انها يجوز ان يكون خاصا ومشتركا فانها لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت كل
واحد منهما وفرغت اثمت وهذه خيانة فيها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها يحتملهما فقلنا بانها يستحق الاجر
منهما كملا تشبيها بالاجير المشترك واثم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه ومن دفع الى حائك

غرلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما له بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان حتى جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي عم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان نهى عنه بالنص فلم لا يترك به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا به لا بالنص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا نتركه بل نخصص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلنا الدلالة لا عموم لها حتى تخص عرفه ذلك في موضعه قوله والمعنى فيه معنى المعنى الفقهي عدم جواز ذلك هو ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره واذا ثبت فساد العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب استوفى منافعه بعقد فاسد فكان له اجر مثله وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لان المستاجر ملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة فصار حاملا طعاما مشتركا ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب له الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وقوله بالنصف الاخر تلويح الى مسئلة اخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن يفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر وقوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا متصل بقوله وكذا اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمى وهو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط واما عند ابي يوسف فلا يجاوز اجرة نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا جميعا فهما شريكان على السواء قال ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع سمي به لانه يختم اعلاه كيلا يزاد او ينقص واضافة العشرة الى المخاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جائز ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لان المقصود هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه في اسرع الاوقات والحمل على هذا مما لا بد له منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة رح ان المعقود عليه مجهول لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستاجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير اجره نظرا الى الاول ويمنعه المستاجر نظرا الى الثاني فافضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون لكون المنفعة مطلوبة وقد طولب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فان ابا ح رح اجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينها وبين ما اذا استاجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على ان يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينها وبين الاولى ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس في مسئلتنا ما يصرفه عنها فلا يصار الى المجاز

للتعجيل وذكر ... ص

وكذلك

وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها مقتضى الشرط على ما عرف في موضعه فحيث جعله شرطا دل على ان مراده التعجيل وبين ما روي عن ابي ح رح وهو المذكور في الكتاب انه اذا قال في اليوم صحت الاجارة لان في للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كما في الطلاق فكانه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه ويلزم الجهالة قال ومن استاجر ارضا على ان يكريها ويزرعها هذا ان الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتاتى الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتثنية ان كان ردها مكروبة فلا شك في انه لا يقتضيه لان الزراعة لا يتوقف عليه وان كان المراد بها ان يكربها مرتين فيجب ان يكون هذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا تخرج الارض الا بالكراب مرتين او كانت تخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول ح من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة واما كري الانهار فقال بعضهم المراد بها الجداول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاه المص وقال بل المراد بها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل دون الاول اذا استاجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى لا يجوز اصلا وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان لهذا جازت الاجارة بدين اي باجرة هي دين على المؤجر ولو لم يكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين ولنا في ذلك طريقان احدهما ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وقد تقدم بيان ان الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهي في البيوع اليه اشار محمد رح وهو ما روي ان ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي اسم محدث كان يكثر الخوض على ابن سماعة في هذه المسئلة بل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن شرط الاجل في العقد وتاخر المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فالالحاق به يكون شبهة الشبهة وليست بمعتبرة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود احدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء ويجوز ان يسلك طريق آخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر او لا فان كان لزم النساء وهو مبطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمة غير حاصرة لجواز ان يعتبرا موجودين لان بطلانه قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس

جواب لقول لا يقال

كري الارض كريا ... من باب طلب ...

السقي والكراب

مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف
الجنس لزم الكالي بالكالي اجيب بانه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل اشتمل المعقود عليه معناه لقيام العين مقام
المنفعة فيما لم يصحبه لبناء ثم اذا استوفى احدهما المنافع وجب عليه اجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه اجر
المثل وروى بشر عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال واذا كان الطعام بين رجلين واذا
كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له يعني لا المسمى ولا
اجر المثل وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره
ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجر لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي
لا يتصور في الشائع اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان
حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستيجار لعمل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه
لا يجب الاجر اصلا وفرق بين هذا واجارة المشاع فانها ايضا فاسدة عنده وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل بان هناك تسليم
المعقود عليه متعذر على الوجه الذي اوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما هنا فانه متعذر اصلا فلا يجب وقوله
بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع لان البيع تصرف حكمي اي شرعي والتصرف في الشائع سائغ شرعا كما اذا باع احد الشريكين
نصيبه وقوله ولانه ما من جزء دليل آخر على المطلوب ووجهه ان حامل الشائع ما يحمل من جزء الا وهو شريكه فيه وكل من حمل شيئا
هو شريك فيه كان عاملا لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل ان يقول لا يخ من ان
عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم
عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء
على امر مخالف للقياس الحاجة وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط
فلم يستحق الاجر وقوله بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استيجار الدار المشتركة ووجهه ان المعقود عليه هناك
منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا سلم البيت ولم يضع فيه الطعام اصلا وجب عليه الاجر بخلاف
الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياسه على استيجار العبد
المشترك ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع
بخلاف الحمل لانه فعل حسي فكان الضابط ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع
يكون كذلك يجب كالدار المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استاجر ارضا ولم يبين انه للزراعة او لغيرها او بين انها للزراعة
ولم يبين ما يزرع فيها فالاجارة فاسدة للجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر للزراعة تستاجر لغيرها كالبناء والغرس
وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض اكثر من غيره كالذرة والارز فان ضررهما بها اكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة
المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب المسمى استحسانا والقياس ان لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد
فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم لوقوع ما وقع فيها من الزرع لان
الاجارة عقد ينعقد للاستقبال فاذا شاهد المزروع في بعض المدة وعرف انه ضار او ليس بضار فقد ارتفع الجهالة المفضية
الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حال العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت

والسفينة المذكورة

من الابتداء

من الابتداء جاز فكذا هنا وصار كما اذا استاجر الى الدياس مثلا ثم اسقط الاجل قبل ان ياخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط
الخيار الى اربعة ايام ثم اسقط الرابع قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك ايضا لكن لما اثبت ذلك
بدليله فيما تقدم ذكر هنا بطريق المبادي لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكرها اول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استيجار
الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانا نقول ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة
هي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله المسمى ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك
في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة فالعين المستاجرة امانة في يد المستاجر لان حكم الفاسد انما
يؤخذ من الجائز اذ لا حكم للفاسد بنفسه لانه باشر ما هو منقض فلا بد وان يؤخذ من الصحيح حكمه فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى
استحسانا كما مر في المسئلة الاولى وهي قوله ووجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمله الناس من الحمل
فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى وان اختصما قبل ان يحمل عليه في المسئلة الاولى قبل
ان يزرع نقضت الاجارة رفعا للفساد لانه قائم بعد

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان
احكام بعد الاجارة وهي الضمان قال الاجراء على ضربين الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال
عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري
لانه لا يعلم من يستحقها قبل العمل حتى لا يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه
قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرف وقيل قوله من
لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين فاذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز
ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه بيانا في ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح في كونه مفردا
لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل كان له ان يعمل للعامة
لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود
عليه الخ والمتاع في قوله في هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه
عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ
مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به ولا حفظ اذا هلك المتاع بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه
تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر فانهما يقولان انا نضمن المسئلة في حافظ الامتعة باجر فهلكت الامتعة
فانه يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحرق الغالب وغير ذلك لانه
لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين في يده امانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلكت في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه
ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه كما في المغصوب فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما يمكنه
التحرز فوجب الضمان وفي الغصب ليس كذلك اجاب بقوله والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه
اجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود اصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر واذا كان تبعا لا يضر تركه اقامة العمل
لم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق
الثوب من دقه وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري

فان قلت كيف جعل ها تين المسئلتين منعقدا عليهما وزفر لا يقول بالانقلاب الى الجواز عند اسقاط المفسد فيهما جميعا بعد انعقادهما على الفساد بل يقول بدوام الفساد فيهما وان سقط المفسد على ما مر في باب خيار الشرط والبيع الفاسد قلت فيه وجهان احدهما انه يكون هذا من قبيل قياس المختلف على المختلف ويكون مثل هذا الايضاح ما وقع الكلام فيه بما ذكره من المقيس عليه انه كان هو مختلفا في نفسه والثاني انه جعل ها تين المسئلتين من المسائل المسلمة لاتفاقه الى النظر على الانقلاب الى الجواز وبطلانه فان زفر يقول بدوام الفساد بعد اسقاط المفسد وكانتا بعد ذلك بمنزلة المسائل المجمع عليها فصح القياس عليهما على ما ذكرنا في المسائل كذا في نهاية

بقوله

الحمل وغرق السفينة بفتح الراء من مدّها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رح لاضمان عليه لانه امر بالفعل مطلقًا اذ
استاجره ليدق الثوب لم يزد على ذلك مما يدل على السلامة والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملًا بالاطلاق
فصار كالاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن هو الامر ما هو الداخل تحت العقد لان الامر انما العقد
اولازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو
المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو حصل ذلك بفعل غير الاجير وجب الاجر واذا كان كذلك كان الامر مقيدًا
بالسلامة فلم يكن المفسد مامورًا به بخلاف معين القصار لانه متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن
فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والملتزم ان يلزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغيره من تبرع له ولو على باب
التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره قوله وانقطاع الحبل جواب
عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الاجير فاوجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنعه الا
انه لا يضمن به اي بفعله بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي
وضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استاجر من يحمل له
دنًّا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي
انكسر واعطاه الاجر بحسابه وانما وضع المسألة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه
اجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق فان السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم
ان كل ذلك من صنعه ولم يدخل تحت العقد واما الخيار مع ان القياس يقتضي ان لا يخير عند ابي ح رح بل يضمنه قيمته في المكان
الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا كان امانة وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه
فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديًا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل
باذنه فلم يكن تعديًا وانما التعدي عند الكسر فيختار اي الجهتين شاء فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل
وان اختار الوجه الاول فلا اجر له لانه ما استوفى اصلًا واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد
فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ الى آخره انما اعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري
وكل منهما اشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد انه ان تجاوز ضمن
واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكونها بحالة بامر المولى والهلاك ويفيد انها اذا لم يكن بامره ضمن ووجه ذلك ان
الهلاك ليس بعمل وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه اي السراية تبتنى على قوة الطباع وضعفها
في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يكن التقييد بالمصلح من العمل لانه لا يتقاعد الناس عنه
مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالدق قبل ان يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز
عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتابين ان الحجام اذا
حجم العبد باذن مولاه وجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم بها قدر الضمان على تقدير الحيوة والموت اجيب بان
ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل النفس
فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد اثر جنايته انتقص ضمانه اجيب بان محمدًا قال في النوادر انه لما برئ

كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل
تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير ماذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنًا نصف بدل
النفس لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف
من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان يقع اتلافًا وان لا يقع والتفاوت
غير مضبوط فكان هدرًا بخلاف الحز فانه لا يحتمل ان لا يقع اتلافًا قال والاجير الخاص الاجير الخاص هو الذي يستحق
الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرًا للخدمة شخص ولرعي غنمه وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب
عنه فعليك بنقله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظ قوله ولهذا اي ولان الاجر مقابل بالمنافع والمنافع مستحقة له يبقى الاجر مستحقًا
وان نقض العمل على بناء المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل
ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب لا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر
بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان
الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله وصار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان فتق الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط
لم يعمل اصلًا ولو كان اجيرًا خاصًا فنقض استحق الاجر ولا يضمن ما تلف في يده بان سرق منه او غاب او غصب ولا ما تلف
من عمله بان انكسر القدوم في عمله وتخرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى اما
الاول وهو ما اذا تلف في يده فلان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه وهذا ظ عند ابي ح رح وكذا عندهما لان تضمين
الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس فانه يتقبل اعمالًا كثيرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق
الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه والاجير الوحد لا يتقبل العمل بل يسلم نفسه فيكون السلامة
غالبة فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني وهو ما اذا تلف من عمله فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر بتسليم النفس صح تصرفه
فيها والامر بالتصرف فيها فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير المامور اي الاجير نائبًا منابه فصار فعله منقولًا اليه كانه فعله
بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب
الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال واذا قال للخياط اذا قال رجل للخياط ان خطته هذا الثوب فارسيًا
فلك درهم وان خطته روميًا فلك درهمان جاز بالاتفاق واي العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذا اذا كان الترديد
بين الصبغين او الدارين او الدابتين او مسافتين وكذا اذا كان بين ثلاثة اشياء اما اذا كان بين اربعة اشياء فلم يجز والعقد
في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر
يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلومًا وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة ولا يرتفع المنازعة الا باثبات
الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدًا فبنصف درهم قال ابو ح رح الشرط الاول جائز والثاني فاسد
فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدًا فله اجر مثله وقال ابو يوسف ومحمد رح الشرطان جائزان ففي ايهما خاط استحق المسمى فيه
وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان
ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال فراد العقد في الغد بقوله خطه غدًا بنصف درهم كان للترفيه
فكذا ههنا اذ ليس لتعلق ذلك الشرط اي تعيينه فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان

العقد المضاف الى الغد ثابتاً اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف
الى الغد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كانه قال لخطه بدرهم او نصف
درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولاً والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فانه يتعين الاجر اللازم عند العمل كما تقدم ولهما
ان ذكر اليوم للتاقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصراً على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد
الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للتعليق اي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت
في المستقبل فيكون مراده لكونها حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتاً في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان قوله
ولان التعجيل والتاخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل
لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التاجيل مقصوداً ايضاً بخلاف الغرض كالنوعين
من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة اي للاضافة ويجوز ان يقال عبر
عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو يحط النصف لاجل
التاخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق اي لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير واذا كانت الحقيقة ممكن العمل بها
لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا يجتمع تسميتان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي التاقيت لان فيه
فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فاذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركاً واذا نظرنا الى اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان
لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجر ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة
وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وحينئذ يجتمع
في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل واستشكل على قول ابي حنيفة رحمه الله بمسئلة المخاتيم فانه
جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت وافسد العقد وههنا للتعجيل وصححه واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم وللقائل ان يقول في جعل
اليوم للتعجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحد
على الآخر فكان تحكماً والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في صحة الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قوله
بمسئلة المخاتيم فانه جعل فيها ذكر اليوم للتاقيت وافسد العقد وههنا للتعجيل وصححه واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت
حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل
على المجاز وهو نقصان الاجر للتاخير بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمه على المجاز فكان التاقيت مراداً وفسد العقد
ورد بان دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر
الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز
بظاهر الحال ومما ذكرنا علم ان قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب اجر المثل فقد اختلفت
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا خاطه في اليوم الثاني روي عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى
في اليوم الثاني قال القدوري رحمه الله هي الصحيحة وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى
لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف
درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف

درهم ولا يزاد عليه **قال** ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم
وان سكنته حداداً فبدرهمين ولو استاجر بيتاً فقال ان سكنت فيه فبدرهم وان اسكنت حداداً فبدرهمين ولو استاجر
دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند ابي حنيفة رحمه الله خلافاً
لهما وان استاجرها الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان
هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقاً فيحتمل ان يكون هذا قول الكل ويحتمل ان يكون قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة كما في
نظائرها وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين وكذلك الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب
الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة اجاب بقوله
بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمه يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل فالاجر يجب بالتخلية
في الدار والدكان والتسليم في العبد فيبقى الجهالة وهذا الحرف اي قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة هو الاصل
عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا اي كونهما مختلفين
لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا يرى انه اي اسكان الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في اخواتها قوله والاجر
جواب عن قوله يجب الاجر بالتخلية الخ وتقريره ان الاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة اما ترك الانتفاع مع
التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية بان يسلم ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة يجب اقل الاجرين للتيقن

باب اجارة العبد

اخر ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لاحتياج الى بيان لظهور وجه بانحطاط درجته
ومن استاجر عبداً ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا
ينتظمها الاطلاق واعترض بان المستاجر في ملك منافع العبد كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا المستاجر واجيب بان المولى انما
يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر ليس كذلك ونوقض بمن ادعى داراً فصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة
فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر بعد انتهاء العقد
لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه في الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد يلزم المؤجر ما لم يلتزمه من مؤنة
الرد وربما يربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد فله
ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج ان يضم الى علته وهو قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيداً وهو ان يقول
ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب ان يقال الاثم ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق
زماناً ومكاناً ونوعاً وليس المستاجر كذلك بل ملكها بالعقد ضرورة تتقيد بمكان وزمان فيجوز ان تتقيد بما لم يتقيد به المولى
والعرف يوجبه او دفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا يوجبه ولهذا جعل السفر عذراً يعني اذا استاجر غلاماً ليخدمه في المصر ثم
اراد المستاجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر يتضرر فكان عذراً
تفسخ به الاجارة قوله فلا بد من اشتراطه متعلق بقوله فلا ينتظمها الاطلاق ولان التفاوت بين الخدمتين خطير فصار كالاختلاف
باختلاف المستعملين فاذا تعينت الخدمة في الحضر عرفاً لا تبقى غيرها داخلاً كما في الركوب فانه اذا استاجر دابة ليركبها بنفسه
ليس له ان يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا ومن استاجر عبداً محجوراً عليه شهراً فعمل فاعطاه الاجر فليس
للمستاجر ان يسترد منه الاجر استحساناً وفي القياس ذلك لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فيصير

المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر
والضمان لا يجتمعان ووجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع
مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له ان يسترده منه قال ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه ومن غصب
عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ
الاجارة صحت على ما مر من وجه الاستحسان ان التصرف نافع والمحجور مأذون في النافع ولابي حنيفة رحمه الله ان الضمان انما يجب باتلاف
مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وهذا
لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه ويد الغاصب ليست لهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب
اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه اجيب بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل
من المنافع وهي غير محرزة وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم
جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذونا
وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء
اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب نفسه لان آجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق
وان آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة
وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لانه المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك
لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما
لو قال استأجرت منك هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد ونظرا الى تنجز الحاجة فان الانسان انما
يستأجر الشيء لحاجة يدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف
الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور
في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر منكرا فكان الموجر قال آجرتك عبدي هذا شهرين
شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة قوله ومن استأجر عبدا
شهرا بدرهم الخ ظ خلاف قوله فيحكم الحال فانه استشكل بان الحال يصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر
بالعبد وهو صحيح فالقول للموجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناهض لان المص اشار الى دفعه بقوله
وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد اليه في المدة و
لكن تعارض كلامهما في اعتراض ما يوجب السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجر لا موجبا للاستحقاق فهي في الحقيقة
دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق
المتعاقدين وهو الاصل ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض قال واذا اختلف الخياط
ورب الثوب فان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المعقود عليه كالقباء والقميص في الخياطة او الحمرة والصفرة مع
فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو انكر اصل الاذن كان القول له فكذا اذا انكر صفته
لكن بعد اليمين لانه انكر ما لو اقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر المثل لا يجاوز به المسمى

[Margin notes:]
لان الشهر المذكور اولا لا ينصرف الا الى ما يلي العقد لانه لو اراده بالذكر كان العقد واقعا على الشهر الذي يعقب العقد لا يعرف اي الشهرين ... بمنزلة ... خلف ... شهرا
ويحتمل ... قال آجرتك ... هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف ... الى المنكرين الذين دخلا تحت ايجاب الآجر ... فيصح التعليل ... النفس
اي كلام الموجر للمستأجر

كما

كما مر قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى الخياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء واعترض بان هناك اتفق
المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف يكون هذا مثل ذلك واجيب بانهما مثلها انتهاء
لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب لما اختلفا كان القول قوله فلم يبق الخلاف الا اعتبارا فكانا في
الحكم في الانتهاء سواء وذكر في بعض نسخ القدوري يضمنه اي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى اعني قوله
لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله ووجه الظ وهو الاصح ان الصبغ
آلة العمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرض والصابون في عمل القصار فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند فساد
السبب ووجه رواية محمد ان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجوب الاجرة فقال صاحب الثوب
عملته لي بغير اجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول
قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له وذلك بان تكرر تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق
ما بينهما باجر يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله
لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر وما ذكراه من
الاستحسان مدفوع بان الظ يصلح للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع

باب فسخ الاجارة

تأخير هذا الباب
عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة قال ومن استأجر دارا تفسخ الاجارة بعيوب تخل بالمنافع التي وقعت الاجارة
لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فاذا استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا استأجر عبدا
للخدمة فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان عيبا لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجا اليه في السكنى او ذهب احدى عيني العبد فلا تنفسخ
قوله لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة
الابتداء فكان العيب حادثا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستأجر او
قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فلزمه
جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا ازال الموجر ما به العيب فلا خيار
للمستأجر لزوال السبب واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا
وصحح النقل هذا القائل كما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت الدار كلها فله ان يخرج سواء كان صاحب الدار شاهدا او غائبا فيه اشارة
الى ان عقد الاجارة ينفسخ بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الا بحضرة المالك بالاجماع
واستدل المص على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت
العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ وصحح النقل بما روى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتا فانهدم فبناه الموجر
ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للموجر وهذا تنصيص على انه لم ينفسخ لكنه تنفسخ واستدل على ذلك بان المنافع فاتت على وجه
يتصور عودها فاشبه اباق العبد المبيع قوله ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من
المعقود عليه اورده استشهادا به على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت
لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز
لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلم تملك

[Margin notes:]
اي في المأمور به
وقال الصانع باجرة
الحريف ... لا حرفة ... الرجل ...
اي توجد شيئا فشيئا

بالانتقال كان للتحول الا بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث ولما اذا عقدها الغير كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ
لانعدام ما اشرنا اليه وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت
كذلك ونوقض بما اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق فان للمستاجر ان يركب الدابة الى المكان
المسمى بالاجر فقد مات احد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث
لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض ليرفع الامر اليه فيستاجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد دابة اخرى
يحمل عليها متاعه ينتقض الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لان الضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما نافي البقاء
وهو موت الموجر واذا ثبت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كتطهير الحياض
والاواني ونوقض بما اذا مات الموكل فانه ينفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلما مات العاقد لنفسه انفسخ و
لم نلتزم بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو ان المعنى الذي ينفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد
لنفسه وهو صيرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير من عقد له مستحقة بالعقد موجود فيه فانفسخ لاجله **قال** ويصح شرط
الخيار في الاجارة اذا استاجر دارا سنة على انه او الموجر بالخيار فيها ثلثة ايام فهو جائز عندنا وفي احد قولي الشافعي لا يجوز لان الخيار
ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه وان كان للموجر فلا يمكن تسليمه على الكمال الى ذلك وكل ذلك يمنع الخيار وهذا
بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ولنا انه عقد معاملة لا
يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة يحتاج الى التروي
لئلا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب كما تقدم فكذا بخيار الشرط قوله عقد معاملة احترازا عن النكاح
وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احترازا عن الصرف فان الخيار فيهما لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود
عليه وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لان رد الكل في البيع ممكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها لان التكليف
انما يكون بحسب الوسع ولهذا اي ولان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة
لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب
التسليم ولم يطلب ثم تخاصما فليس للمستاجر ان يمتنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للموجر ان يمتنع عن ذلك وقال الشافعي للمستاجر ان
يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي بينا ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض تخير فيما بقي
لاتحاد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفقة وعلى
هذا يكون قوله ولهذا يجبر بيان فرع آخر لنا لا استشهادا حيث لم يكن الخصم قائلا به **قال** وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا تنفسخ الاجارة
بالاعذار عندنا وعند الشافعي لا تنفسخ الا بالعيب بناء على ما مر ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت
كالبيع والبيع لا ينفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليه فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل
القبض في البيع فتنفسخ به كالبيع اذ المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا وهو اي المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في
موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا والشافعي محجوج بما اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه
لوجع ثم زال الوجع او استاجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فماتت العروس او استاجر رجلا ليقطع يده لاكلة وقعت بها ثم برأت فانه
لا يجبر المستاجر على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا ان ثم ذكر

علیها ؟

یعنی موته غیر عاقد

اي لا یجب ذلک الفعل

ای وجه نقض بعض عقد الاجارة

اي المستاجر

تکر

اختلاف

اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال ثم قوله اي قول القدوري في المختصر فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقض هكذا ذكر
في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه
الى القاضي وذكر وجه الكتاب وصحح شمس الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات وصحح قاضي خان والمحبوبي قول من وفق فقال اذا كان
العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لان يظهر
العذر قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر اي ظهر له فيه رأي منعه عن ذلك فظ خلافا وضع بينهما قوله ومن اجر
عبده ثم باعه فليس بعذر هو لفظ الجامع الصغير لكن هل له ان يبيع بعدما آجر اختلفت الفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح من
الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يخيط باجر فان
ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس قيل وقد يتحقق افلاسه بان يظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او
يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يامنون على متعهم قوله ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر قيل فان قال المؤجر
لا يريد السفر لكنه يريد فسخ الاجارة واصر المستاجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عمن يسافر معه فان قال فلان وفلان فالقاضي
يسألهم ان فلانا هل يخرج معكم او لا فان قالوا نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر
يجعله مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله انك عزمت على السفر واليه مال
الكرخي والقدوري **مسائل منثورة** مضى المسائل المنثورة قد تقدم وحصاد الزرع اي جزه والحصاد جمع حصيد وحصيدة
وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما بقي من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظ وقيل هذا اذا كانت الريح هادئة قال
في النهاية بالنون من هدنا اي سكن وفي نسخة هادية من هدا بالهمزة اي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره فخر الاسلام والمصنف
اختيار شمس الائمة السرخسي قوله واذا قعد الخياط يعني اذا كان الخياط والصباغ دكانا معروفا وهو رجل مشهور عند الناس له
جاه ولكنه غير حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجر
بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل
للعمل على ما ذكره صاحب الدكان فيكون العامل اجيرا بالنصف وهو مجهول وان تقبل العمل العامل كان مستاجرا للموضع جلوسه
من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول والطحاوي مال الى وجه القياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان ووجه الاستحسان
ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى
القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند
الله حسن فان قيل شركة التقبل هي ان يشتركا على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في حاصل من الاجر اجيب بان
الشركة في الخارج يقتضي اثبات الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والآخر
بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكانهما اشتركا في التقبل صريحا
ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هو المذكور في عامة الشروح وهو مخالف لما ذكره المصنف فانه قال
لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل انسب بشركة التقبل والله اعلم واذا كان
شركة لا اجارة لم يضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة وقوله ومن استاجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد والوطاء الفراش والدثار وهو ما يلقى عليك من كساء او غيره قوله وان رأى الزاد معنا دجواب عما يقال مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين

وذكر في الوجه الاول انه فصل مختلف فيه فلا بد من الزام القاضي وفيه ما هو غير مذكور
ح

واما شركة الوجوه فان صاحبها يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فيصح الشركة
ح

انهم ياكلون من الزاد ولا يردون شيئا كما انه وجه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كرد الماء والعرف المشترك
لا يصلح مقيدا فلا مانع من العمل بالاطلاق وهو انهما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ولم يقيدا بعدم رد
قدر ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملا بالاطلاق وعدم المانع

كتاب المكاتب

قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى
ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال
خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة
وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء
والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص و
منفعة لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان
انسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان
المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق على مال فانه وان
كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى ان المكاتب بالعجز يعود
رقيقا دون المعلق على مال وسببهما امر غير مرئي من تعلق البقاء المقدر وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه
وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب احق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى بدل الكتابة
وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا قبضه والفاظها الدالة على ذلك قوله
لعبده كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم كذا وآخره
كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة **قال** واذا كاتب المولى عبده او امته اذا كاتب المولى عبده او امته على مال
شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما جواز هذا العقد من المولى فلقوله تع فكاتبوهم ان علمتم
فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا يخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره ولما كان مقتضى النص
بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو ان الكتابة عقد واجب ان عمل او مندوب او مباح تعرض لذلك بقوله وهذا ليس
ايجاب باجماع الفقهاء واشار بذلك الى نفي قول من يقول من اصحاب الظواهر اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه
ان يكاتبه لان الامر للوجوب قال وانما هو امر ندب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تع واذا
حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال في
الحمل على الاباحة الغاء الشرط بيان لكونه للندب تقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونه بالاتفاق و
كلام الله تع منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال له لان الندبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم
ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب واما اشتراط القبول
من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله ع ايما عبد كوتب على مائة دينار
فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال ع المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اي وفي المكاتب اختلاف الصحابة رض فعند علي يعتق
بقدر ما ادى وعند ابن عباس رض يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك يكتب وعند ابن مسعود رض

يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رض بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا ادى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى
اذا اديتها فانت حر وقال الشافعي رح لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر لان الكتابة ضم نجم الى
نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الي في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد يثبت من
غير تصريح به وموجبه ههنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند اداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كما في البيع فانه
يثبت الملك به وان لم يصرح لكونه موجبه ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع
البدل وهو قول عثمان رض لظاهر قوله تع وآتوهم من مال الله الذي آتيكم فان الامر المطلق للوجوب والجواب ان دلالة
الآية على ذلك خفية جدا لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوة فكان الله امرنا ان نعطي
المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والمأمور به الايتاء وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا
الله هو في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به الندب كالذي في
قوله فكاتبوهم لا يقال القران في النظم لا يوجب القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل يحمل الامر المطلق عن قرينة
غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك **قال** ويجوز ان يشترط المال حالا لان بدل الكتابة يجوز ان يشترط كونه حالا او
مؤجلا غير منجم ومنجما عندنا وقال الشافعي لا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان لخروجه من يد مولاه مفلسا
ولم يكن قبل العقد هكذا لكن لا مال له والعاجز عن التسليم لا بد له من اجل يقدر به على البدل فان قيل المسلم اليه عاجز عن التسليم
لانه لو قدر عليه لما رضي بانحس البدلين فلا بد من اجل اجاب بقوله بخلاف السلم على اصله لانه اهل الملك قبل العقد لكونه حرا فكان
احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثابت لان المسلمين مامورون
باعانته والطريق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل
الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا قوله تع فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به
ووجود المعقود عليه لا بد منه لانه ع نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز الشراء
ممن لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة فاشبه الثمن في البيع والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البدل والمسلم فيه معقود
عليه ووجوده شرط فاشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من اصلنا وكذا ذكرناه في التقريب مستوفى ولان مبنى الكتابة
على المساهلة لانه عقد كرم اذ العبد وما يكسبه لمولاه فالظاهر من مولاه ان يمهله فان لم يمهله وطالبه بالاداء وامتنع عنه يرد في الرق
بالتراضي او بقضاء القاضي بخلاف السلم فان مبناه على المضايقة فليس الامهال فيه ظاهرا فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي
يعقل البيع جائزة لتحقق الركن منه وهو الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه ولا حجر بالنسبة الى
النافع وخالفنا الشافعي فيه وهو اي هذا الخلاف منه بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة فانه لا يجوزه لانه ليس من اهل
التصرف فلا يصح الاذن له وعندنا هو من اهل التصرف اذا عقل العقد ونقصان رأيه ينجبر برأي الولي والتصرف نافع فيصح
الاذن بخلاف ما اذا كان لا يعقل العقد لان القبول لا يتحقق والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد
ما دفع قوله ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر بيان ما يفيد فائدة
الكتابة بلفظها فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على ان تؤديها الي نجوما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة
فالمولى يستادي عبده الضريبة ولا يتعين جهة الكتابة ما لم يقل فاذا اديت فانت حر واما قوله وان عجزت فانت رقيق فليس بلازم

وانما ذكر لحث العبد على اداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر اختلف
الرواية في رواية ابي سليمان هو مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل للتيسير وذلك في المال الواجب لا
بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة وفي نسخ ابي حفص قيل انه في رواية لا يكون مكاتبة قال فخر الاسلام
وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حر فانه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى
يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد يخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيرا لها فلا يكون
كتابة **قال** واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه واذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد بعد
تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية
يده الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال
ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه
الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم وليتحقق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج
الى السفر طويلا كان او غيره وان نهاه المولى عنه ولا لان مقصود المولى وهو اداء البدل قد لا يتحقق الا بالسفر واما عدم
الخروج من ملكه فلما روينا من قوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة كما مر ومبناه على المساواة وينعدم
ذلك اي المساواة باعتبار التساوي ان تنجز العتق ويتحقق ان تأخر لانه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية وهو مالكية اليد
فيثبت في ذمته حق من وجه وهو اصل البدل وانما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي اذ المولى
لا يستوجب على العبد دينا ولهذا لا تصح به الكفالة فلو ثبت العتق به ناجزا كما قال ابن عباس رضي الله عنه على ما مر فاتت المساواة
لا يقال المساواة فائتة على ذلك التقدير ايضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق ثابت عليه من وجه فاين
المساواة لان نوع مالكية ايضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا فان نجز المولى عتقه عتق بعتقه لا بالكتابة المتقدمة لانه
مالك لرقبته فيجوز له اتلاف ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لحصول ما يقابله مجانا واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر
لاختصاصها باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه اي على الوصول
الى البدل من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان فابلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم والزم
العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطئ كالاخذ المنفعة لتعذر بعدم الاستغلال وليس كذلك فانه
يلزم بايلاج واحد وان جنى عليها او على ولدها لزمه الجناية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانها صارت احق باجزائها

فصل في الكتابة الفاسدة

وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على احد **قال** واذا كاتب المسلم عبده جمع ههنا امورا
يفسد عقد الكتابة عليها ذكر بعضها اصالة وبعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد نفسه
او على ثوب او دابة او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فلانهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقه فكان
عقدا بلا بدل او موصوف وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب
والدابة واما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل اولى على ما نذكره واذا عرف ذلك فان ادى الخمر والخنزير عتق سواء
قال ان اديت الي فانت حر او لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة
الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب

يعني في حق المسلم

عن مجهولة جهالة فاحشة لجهالة الجنس والوصف

وعن

وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق باداء عين الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا قيل باداء قيمة نفسه لانه البدل معنى قال في النهاية
وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكر في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حق ان لا يخص
ابا يوسف رحمه الله بان لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر
كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف وعن ابي يوسف رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها
فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما اذا كانت الكتابة على ميتة او دم فانه لا يعتق
بتسليمهما الا اذا قال ان اديتها الي فانت حر وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الخمر والميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة
فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى
العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد
العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع ويجب القيمة بالغة ما بلغت لا ينقص عن المسمى و
يزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى
ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى
ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان
لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية ولعل التصوير على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو
بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان
على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء قيمته لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى عقد
الكتابة في القيمة لاستحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر ان القيمة بماذا تعرف قيل يعرف باحد امرين اما ان يتصادقا على ان ما ادى قيمته
فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين
فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين
فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان يفيد البطلان ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله واثر الجهالة في الفساد اي لا في البطلان
كما في البيع فانها يفسد لا يبطل فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب كما عتق باداء القيمة
اجاب بقوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب وتقريره ان الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق
منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون
ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين فان قلت فان ادى القيمة فيما اذا كاتبه
على ثوب يعتق اولا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلثة ان المسمى متى كان مجهول القدر او الجنس فانه لا يعتق العبد
باداء القيمة ولا ينعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة **قال** وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا كاتب عبده
على شيء هو لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد او لا كالنقود فان تعين فاما ان يجيزه او لا فان لم يجزه فاما ان يملكه المكاتب
بسبب من الاسباب او لا فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز
لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن
ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على

عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به والجامع كون
كل واحد منهما عوض ما ليس بمال وفي بطلان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا
كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان البدل في الكتابة بحكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة حالا
والثمن معقود به لا معقود عليه فلا يكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما
هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير البدل بحكم المبيع فيشترط القدرة عليه قوله بخلاف الصداق في النكاح
جواب عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية
منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخلصه
معلوم وان اجاز صاحب العين فلذلك عن محمد رح انه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب
المال جاز فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا
المال من العبد فيصير العين من اكسابه وعن ابي ح رح انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب اي في الجامع الصغير
اشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بين اجازة المالك وبين ما لم يجز ان عقد الكتابة فيما نحن فيه لا
يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه اي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لانها اي المكاسب لكن لا بد من تقدير
مضاف فثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه اي في نص المسئلة
في ذلك على ما بيناه ان مراده شيء يتعين بالتعيين وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه و
اذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجزه لكن ملك المكاتب العين بسبب واداه
فعن ابي ح رح رواه ابو يوسف عنه وروى عن ابي يوسف ايضا انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا
اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فيعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد
لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين معين في يد المكاتب سوى النقود ففيه روايتان في رواية كتاب الحسن
يجوز وفي رواية اخرى كتاب المكاتب لا يجوز وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء
بعينه لغيره وقد ذكر وجه الروايتين في كفاية المنتهى لم نذكره ههنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال
وجه رواية الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما اذا كاتبه على عين
من اعيان ماله وانه لا يجوز وانما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم او دنانير في يد العبد بان كان مأذونا بالتجارة فاكتسب
جاز اي الكتابة في اتفاق الروايات لانهما اذا لم يتعينا كانت الكتابة عليهما كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال واذا
كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي ح وم وقال ابو يوسف هي جائزة دينار
ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط وتبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق
يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما صلح بدلا صلح مستثنى من البدل وهو الاصل في ابدال العقود
وقالا الموجب اي هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح اعتبار قيمته وهي
لا يصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع
انه تركي او هندي ولا الوصف انه جيد او ردي جاز وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدر ابو ح رح في العبد بقيمة اربعين

درهما

درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر
ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة ان ينصرف
الى الوسط كما في الزكوة والدية والوسط فيه نظر للجانبين ويجبر على قبول القيمة لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في
الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها وقد مر في النكاح فصار كانه اتى بعين المسمى وانما صح العقد مع الجهالة
لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة لان مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال كاتبتك
الى الحصاد والدياس والعطاء صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر رض اجاز الكتابة على الوصفاء وهي جمع وصيف وهو العبد
للخدمة وقال الشافعي رح لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل شرط فيهما كما هي شرط فيه والبيع اي البيع
مع البدل المجهول والاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من
حيث ابتداؤها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في
مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك
فيها فاشبه النكاح في الانتهاء وثم ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني
على المماكسة زيادة الاظهار وان لم يبين جنسه مثل ان يقول دابة او ثوب لم يجز الكتابة لانها يشمل اجناسا وكذلك الثوب لتفاحش استظهار
الجهالة واعترض على المصنف بان شمول اللفظ للاجناس لو منع الجواز ما جاز فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب
الوكالة ان العبد بمنزلة الاجناس ولهذا لم يجز التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة مثلا
او متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منع فيما بني
على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المساحة كالكتابة والنكاح قال واذا كاتب النصراني عبده واذا كاتب النصراني
عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تمليك الخمر
وتملكها وفي التسليم تمليك الخمر لان الغرض ان الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة
فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذمي خمرا
ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا
بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن
قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال فيفسد وتصلح في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف اي عبد للخدمة واتى
بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان بعض
المشايخ قال ينبغي ان يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق
لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الاخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا
كان العبد مسلما حيث لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى الخمر عتق لما بينا في اول هذا الفصل انه اذا ادى
الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق و اي ان وقوع العتق باداء عين الخمر
ذكر التمرتاشي انه لو ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر روايتان والفرق على احدهما بينها وبين المسلم اذا كاتب عبده على
خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان في هذه المسئلة انقلب الكتابة الى قيمة الخمر ولم تبق الخمر بدلا هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر

ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا
فلا يعتق وفي مسئلة وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا وبقي كذلك فلا حاجة الى اخراجها عن البدلية واذا بقيت
بدلا لا يعتق باداء عينها **باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله** لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان
ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح **قال** ويجوز للمكاتب البيع والشراء
قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكانه اعادها
تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يتبين ذلك ببيانه ثمة وجه الاستحسان ان هذا
الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لحصول ما
هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل وهذا
الشرط باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا
تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا
شرط لا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة وهذا اي هذا التفصيل لان الكتابة تشبه البيع من حيث المعاوضة
وعدم صحتها بلا بدل واحتمالها الفسخ قبل الاداء وتشبه النكاح من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فعملنا
ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا لشبه النكاح وبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا لشبه البيع
او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك لا الى احد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب
شيء وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتاق لدخوله في الكتابة وهي اعتاق
وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعتاق والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قال** ولا يتزوج لان التزوج ليس وسيلة اليه
الكتابة فلا يجوز مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود مقصود المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب
هو تحصيل الكسب للاداء وذلك بفك الحجر والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر
لكن اذا اذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم ولا يهب ولا يتصدق المكاتب الا بالشيء اليسير وكلامه فيه ظ
والمجاهز عند العامة هو الغني من التجار وكانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر
به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب ولا يتكفل بما ذكر ولا يملكه بنوعيه يعني في الحال سواء كانت بامر المكفول عنه او بغير امره
لان الكفالة تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لان الكفيل متى ادى صار مقرضا بما ادى المكفول عنه والاقراض
تبرع وانما قيد بالحال لانها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالته ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال
في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره اجيب بانه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب
الذي يحصل به المال وقوله وان زوج امته جاز ظ وقوله ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له يريد به ملك اليد
وهو يملكه ومن ملك شيئا جاز ان يملكه غيره كالمعير يعير بخلاف الاعتاق على مال فانه لا يملكه فيوجب للعبد فوق ما
وجب له وقد فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على اداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك
ما لا يملكه وهو لا يجوز وقوله فان ادى يعني اذا ادى المكاتب الثاني بدل الكتابة قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقق شرط عتقه و
ولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا

لو عجز الاول كان الثاني ملكا للمولى كالاول ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة يقال مولى زيد ويعتق زيد مجازا وان كان معتق
معتقه ولهذا يدخل في الاستيمان على مواليه فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية بكونه رقيقا اضيف اليه
اي الى المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيئا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية فلو ادى
الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لما ان العقد استقل اليه لعدم اهلية المكاتب
الاعتاق والولاء لا ينتقل عن المعتق مباشرة وقيد بقوله مباشرة لما ان جر الولاء فانه مولى الجارية لم يعتق الولد
مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى المسبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر
عند عدم عتق الاب فاذا اعتق انجر الولاء الى قوم الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فولاؤه للاول لان
المباشر من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له **قال** وان اعتق عبده على مال قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من
التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال او غيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله وانما انه تنقيص له
لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب كالامة ظ وقوله على ما مر اشارة الى قوله وان زوج
امته جاز لانه اكتساب للمال وقوله وكذلك الاب والوصي ظ وقوله ولان تزويج الامة والكتابة نظر اما في تزويج الامة
فلما مر آنفا واما في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقا فربما كان العجز بعد اداء نجوم وذلك لا شك في كونه نظرا وقوله فاما
المأذون له فظ وقوله وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكاتب
عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ان ذكر الخلاف دليل على ان الاتفاق
وفيما فيه وقوله هو يعني ابا يوسف قاسه على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج الامة فكذلك المأذون له وعبره
بالاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له جاز ان يوجر عبده وامته فكذا يجوز له ان يزوج امته وقاسه و
اعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين العينين اي المأذون والمكاتب والاعتبار بين اللفظين اي التزويج و
الاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف
الفعلين لان المماثلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر
لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم اولويته ولهما وهو الفرق
بين المأذون والمكاتب ان المأذون له يملك التجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال بالمال
والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه اسم لما يتوصل به الى المال وبالتزويج يصل المولى الى المهر
فكان اكتسابا وقوله ولانه ادنى التزويج دليل آخر ومعناه ان اعتبار التزويج بالكتابة لانها مبادلة المال بغير مال اولى
من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال ولهذا اي ولان التزويج ليس من الاكتساب
لا يملك هؤلاء اي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال
فصل لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل تحت الكتابة بطريق الاصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق
التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل **قال** واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته تقديم الاب في الذكر ههنا على الابن للتعظيم
واما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشترى والمولود مقدم على المشترى
فان المولود يظهر في حقه جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم سعيه حال حيوته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشترى

عرم بعد حال الحيوة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا او لا يمكن السعاية على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة
في التبعية واما الاب فانه يحرم بعد حال حيوة ابنه المكاتب لم يقبل منه البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة
ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع
الابن لان كتابته الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فان قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده
على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه
اجيب بان المشتري تبع من كل وجه فلا معتبر به في امر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد
من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولاد دخل
في كتابته كما ذكرنا لانه لما لم يكن من اهل الاعتاق جعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا
ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي ح رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان
في الحر في حق الحرية ولابي ح رح ان للمكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته لم يفسد
النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد دون غيره الا يرى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الا
على الموسر لان هذه اي قرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسط بين
الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين فالحقناها بالثانية اي القريبة في العتق حتى اذا ملك الحر اخاه عتق عليه كما اذا ملك
والده او ولده وبالاولى اي البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من
العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا ان نلحقها به ايضا في العتق لانه اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين
اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال احد الشبهين واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما
قال واذا اشترى ام ولده اي امرأة المكاتب المعتقة اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد
فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال ع اعتقها ولدها وان ملكها
وحدها فكذلك عندهما لانها ام ولد خلافا لابي ح رح لان القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف
على اداء جميع البدل فان ادى عتق مع فضل معه فهو له وان عجز عاد هو وماله للمولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل
الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله اقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز
ان يكون تبعا للادنى الا انه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبغير الولد
لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في اول الدليل فتخصيص
نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله ع اعتقها ولدها
ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب في قوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه فترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد
وان ولد للمكاتب ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري يعني في اول الفصل حيث قال لانه من اهل ان يكاتب ان لم يكن
من اهل الاعتاق واعترض بان المكاتب لا يملك التسري فمن اين له ولد من الامة حتى يدخل في الكتابة واجيب بان معنى قوله
لا يملك التسري لا يحل له وطئ امته لكن ان وطئ وادعى النسب يثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطيها
لكن ان وطيها فولدت وادعاه يثبت النسب فان المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب فالولد ولده

المشتركة

والمكاتب

والجارية ام ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب ماله من حق الملك في كسبه يعلق الدعوة
كالحر فبقيام الملك له في نصفها بها يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعا
لثبوت حق الولد قوله وكان حكمه حكمه اي حكم الولد حكم المكاتب وكسبه اي كسب الولد للولد لان كسب الولد كسبه اذ الولد
كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا ولدت المكاتبة من زوجها
دخل الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فصار من الاوصاف القارة الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد
والحرية والرق تسري الى الاولاد فقوله مؤكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الآبقة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز
لان امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد اذ الاباق مما لا يدوم وكذا بيع المستاجرة والجانية فان الامة اذا اتصفت بهما امتنع بيعها
الا مقرونا بشيء لكنه ليس بمؤكد فقولهم الاوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احتراز عن السواد والبياض
والطول والقصر فانها لا تسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه قال ومن زوج امته من عبده هذا
ايضا بناء على الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان الولد داخلا في كتابة الام وكسبه لها قوله لان تبعية
الام ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكسبه لهما اي
الدخول بتبعيتهما وفي الكسب بتبعيتها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام ارجح لانه جزء منها
بحيث يقرض منها بالمقراض وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم
المكاتب بقيمة تؤديها الى المستحق عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد رح اولادها احرار بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور
لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد حر هكذا في
المبسوط وفي شروح الجامع الصغير ان قيمة الاولاد عنده يتاخر اداؤها الى ما بعد العتق واليه اشار المص بقوله لان حق المولى
هناك مجبور بقيمة ناجزة الى آخره ثم اذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود
بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجماع الصحابة
وقد قررناه في التقرير وهذا اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق
فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتاخير فبقي على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب امة و
وطئها بغير اذن المولى او باذنه لكنه قال بغير اذنه لتبيين منه ما اذا كان باذنه بطريق الاولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في
الكتابة من غير تاخير الى الاعتاق وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق فيما اذا كان بغير اذنه وحكم ما اذا اذن له
كذلك فيما كان او مدبرا والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد
اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح فصل مسائل هذا الفصل نوع
آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل واذا ولدت المكاتبة من المولى وذلك بان ادعاه فهي بالخيار ان شاءت مضت
على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها و
حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تتخير لانه تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما
ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به لستة اشهر او لاكثر وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من
المولى كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غير قصد فلان يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الاولى قوله وله من الملك دليل

يعني المكاتب لا يملك اعتاق امته المكاتبة

قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى ان يتوهم ان ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا يصح دعوته لان ملكه فيها اقوى
من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب في المكاتب فاذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه
فلان يثبت من المولى اولى فان اختارت الكتابة ومضت عليها اخذت العقر من مولاها اي مهر مثلها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها
على ما قدمنا يعني قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة ثم ان مات المولى
يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على ما نذكره فان قيل وجب ان لا يسقط لان الاكساب
تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة اجيب بان الكتابة يشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل ويشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط
الا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلثا بطل فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا
بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط وان ماتت هي وتركت مالا ادى
منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا
آخر وهي ماضية على الكتابة لم يلزم المولى بالسكوت لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرمة الوطي وهذه محرم
وطيها فلا بد من الدعوة وباقي كلامه ظ **قال** واذا كاتب المولى ام ولده جاز اذا كاتب المولى ام ولده جاز لان الكتابة
ليتوسل بها الى ملكها ليدها في الحال والحرية عند اداء البدل وحاجة ام الولد الى استفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها
فكان جائزا لا يقال احدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما
لكونهما جهتي عتق تلقياها على سبيل البدل وعورض بان مالية ام الولد غير متقومة عند ابي ح فكيف يقابلها بدل متقوم واجيب
بان ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في الحال ولرفع الثاني في المآل والملك يجوز ان يقابل ببدل متقوم
وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفى بعض الاولياء فانه يقابل حصة الآخرين بالمال فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق
عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير
الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة بالنسبة الى البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب بعتق
الاولاد وتخلص لها الاكساب ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة
والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل

بالكتابة يعتق هو واولاده

اي بانتهاء العقد بايفاء البدل

بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يتخلص مع اكسابه وحيث احتجنا ههنا الى ابطال
الكتابة نظرا للمكاتبة كان المنظور له في الثاني دون الاول فصرنا اليه لا ابقاء وفي كلام المص تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائها
من غير فائدة ثم علله بالنظر والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين الا ان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه
وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمل فلعله سديد ولو ادت المكاتبة بالنصب اي بدل الكتابة وفي بعض النسخ و
لو ادت الكتابة وهو بتقدير مضاف قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته وضع المسئلة مناسبة لما تقدم
من ام الولد ووضعها في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق
الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم فان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها
مدبرة لا قنة وفي جميع بدل الكتابة عند ابي ح وقد اوضح كلامه فنتعرض لبعضه زيادة ايضاح قوله فتخيرت لان في التخيير فائدة
وان اتحد الجنس لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا قوله وجب

على احد البدلين فيختار الاقل قد اعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجز عندهما عتق كلها بالتدبير يعتق بعضها به وانفسخت الكتابة
فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها لا غير واجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فنبقيها لذلك فلربما يكون بدلها اقل فيحصل النظر
بوجوبه قوله انه قابل البدل بالكل لانه اضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فيصير كلها مكاتبة وقد
سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير سالم هذا خلف بط وقوله فصار كما اذا تأخر
التدبير عن الكتابة صورتها ان يكاتب عبده اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة
التي تلي هذه المسئلة وقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا اي كشفنا بينا لا يخفى على احد لان اخراجها عن الملك بغير الاعتاق
غير صحيح فان اعتقها خرج عما نحن فيه وان مات قبله فكذلك وان مات المولى عن مال يخرج من ثلثه فقد استحقت حريتها كلها وان لم
يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال مقابلا بما يستحق حريته
فتعين ان يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ولقائل ان يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا ادت
كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب انه لا يلزم على ابي يوسف لانه لا يقول بتجزي الاعتاق واما على قول
ابي ح ره فالجواب انا انما حكمنا بصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر ان يسعى بعضه غير حر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية
قبل موت المولى نظرا له وقوله اذ لا استحقاق عنده اي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا اعتق بعض الرقبة
بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا انه يلقيها جهتا حرية ولها الخيار ان
شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة من جانب المملوك لان النفقة و
الجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله ان يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات
المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند ابي ح وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا ههنا في
الخيار بناء على ما ذكرنا من تجزي الاعتاق واما المقدار فمتفق عليه ومحمد مر على اصله لا يحتاج الى فرق والفرق لهما بين هذه وما
تقدمت ما بيناه ان البدل ههنا مقابل بالكل الخ **قال** واذا اعتق المولى مكاتبته واذا اعتق المولى مكاتبته عتق باعتاقه لقيام
ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على ان ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة اخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها

فالكتابة احتاج الفسخ
فلا ينفسخ
فكانت لازمة في جانب المولى

فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى ولكنه ينفسخ برضا العبد واللزوم كان لتعلق حقه فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه
كما لو باعه المولى او آجره برضاه والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل فانه اذا رضي به ببدل فبلا بدل لكون ارضى وقوله
مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه اشارة الى الجواب عما عسى ان يقال قد يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب
له فلعله يكون الاكساب كثيرة تفضل بعد اداء البدل مما له ثمة ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه لسبق
الاكساب على ملكه نظرا له ومن صار الظ كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة
معجلة فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال
وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا
لا يقال هلا جعلت اسقاطا للبعض ليجوز حتى يجوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا ولهذا لا
يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير الف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة وجه
الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه

حتى لا يصح الكفالة به فاعد لا وكان اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربوا وفيه بحث
لان المال ما يتمول به وهو يعتمد الاحراز وذلك في الاجل غير متصور ولان قوله فاعطي له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى
اما لفظا فلان اعطى يتعدى الى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام واما معنى فلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه فان
اراد بقوله فاعطي له حكم المال الحكم المال من كل وجه فما الاعتدال اذا الدين مال من وجه وان اراد حكم المال من وجه فهو تحصيل الحاصل
والجواب ان ما ذكرتم ان المال ما يتمول به وغير صحيح اذا كان مالا من كل وجه وليس ما نحن فيه كذلك وانما المراد به ههنا انه وسيلة
الى تحصيل مقصود المكاتب وهو كذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن اعطى معنى اعتبر وبقا
اعتبر للاجل حكم المال فان الشيء يجوز ان يكون بجهة في شيء ولا يكون معتبرا فيتبين بانه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكا.
قوله ولان عقد الكتابة وجه آخر للاستحسان وتقريره ان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم ان لها شبها بالعتق
بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والاجل ربا من وجه ففيه شبهة الربوا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر
بها بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة لا شبهة شبهة قال واذا كاتب المريض عبده واذا
كاتب المريض على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الاجل لان المريض تصرف فيما هو
حقهم فلهم ان يردوه دفعا للضرر وتأخير حقهم الى مضي الاجل عن انفسهم فان المكاتب يؤدي ثلثي الالفين حالا وهو الف وثلثمائة
وثلثة وثلثون درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزائد على قيمته ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف
فيجوز تركه وصار ذلك كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولو قال الآن له ان يترك الزيادة
وثلث الالف فلان يؤخرهما كان احسن ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من جواز المرابحة
على الالفين وجواز الحبس على المماطلة والاخذ بالشفعة فانها يتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقبة يتعلق به حق
الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة
جاز للمريض اسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل
لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اختلافهم اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة الاجل
فعندهما يخير المشتري بين اداء ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة
لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا
في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط الف درهم والتأخير وهو تأجيل الالف الاخرى فاعتبر الثلث فيهما اي يصح
تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق للتأخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في
حق الاسقاط ولا في حق التأخير **باب من يكاتب عن العبد** لما فرغ من ذكر احكام يتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر
في هذا الباب احكاما يتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه قال واذا كاتب الحر
عن عبد بالف درهم قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب
واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر
فكاتبه المولى على هذا تعتق باداآئه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا يعني ان هذا العقد نافذ في حق المولى للعبد من جهة البيع ونفوذ

شبهة الربوا

عبده ـه

بان كاتب على قيمته اولا

عتقه باداء هذا القابل وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من
له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك
نفذ عقده عليه وكذا اذا اجاز بعد العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك
الفا فهو حر فادى عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما ان وجه الاستحسان
انه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق اي توقف العتق على اداء القابل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف
العبد قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وههنا لا يتوقف فيما
والجواب ان ما له ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه لزام وهو يتوقف عليه ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد
لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترده ما ادى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه
قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب
ففعل جاز استحسانا والقياس ان يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد غيره
او زوج امته وامة غيره ووجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة
على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل
ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها لان الاولاد ثمة تبع لها من كل وجه حتى ان المولى لو اعتق الاولاد لم يسقط من البدل شيء ويعتق
الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مقصودا حتى ان المولى
اذا اعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا اعتق الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على
الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب ان
ما ذكرت يجوز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في ان يكون
فيه جهة اصالة اولا تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب ولا اشتماله على المسامحة واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله
اي فللمولى ان يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه وهذا
يدلك على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر لجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه قوله وايهما ادى عتقا تكرار لانه قال في اول
المسئلة فان ادى الشاهد او الغائب عتقا لكنه اعاده تمهيدا لقوله ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما
الغائب فالقياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان انه له فيه منفعة لانه ينال شرف الحرية وصار
كمعير الرهن اذا ادى المرتهن لفكاك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا
يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه ومثله لا يرجع والغائب متبرع به غير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل الغائب
ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما ادى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب انه كهو في جواز الاداء من غير
دين عليه لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان يحصل له الحرية
وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرا اجيب بانه متوهم وحق
الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به وليس للمولى ان يأخذ الغائب بشيء لما بينا انه فيه تبع فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك بشيء
والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغائب لا اثر لرده وقبوله في ذلك لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا يتغير

العبد ـه

اي اداه بحكم الضمان وهو ان يقول كاتب عبدك عني بالف على اني ضامن يرجع عليه لانه ادى بضمان فكذا في الكفالة ببدل الكتابة لا تصح وان ادى بغير ضمان لا يرجع لانه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق العبد بلا رجوع نهاية

غيره

بقوله فليس للمولى ان ياخذه بشيء من بدل الكتابة كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا ينفذ حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا
هذا واذا قبلت الامة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة
سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولايتها اذ الام
الحرة لا ولاية لها فكيف بالامة وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في
الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذلك ان الام اذا ادت فقد ادت دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى
فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب
ان احدهما اذا ادى كان اداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قيل وهذا
فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى قوله وهي ولي لذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على
هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى واقول لعله اشارة الى ما ذهب
اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وارى انه احق

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال واذا كان العبد بين شريكين فاذن احد
الشريكين لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتبه وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال الذي قبض
له عند ابي ح رح وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها
تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق
الفسخ اذا كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى تعليق العتق باداء المال ولو وجد
شيء من ذلك من احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للاخر ولاية الفسخ فكذا الكتابة وذلك واجيب بان الكتابة ليست عين
كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز ان يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى توجبه وهو لحاق الضرر
ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهي الكتابة
تقبل الفسخ ولهذا تفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي وانتفى المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس
فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل
الفسخ اما الاعتاق فظ واما التعليق فلانه يمين قوله واذنه له بقبض البدل بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك
لانه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب
فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز ان يكون ضمير عليه للعبد اي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم
تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري
ثم هلك المبيع قبل القبض واستحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب بان المتبرع
عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب
على عبده شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذ لم يحصل مقصوده ولهما ان الاذن
بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف وهو اي البدل بينهما والمقبوض مشترك
بينهما فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قولهما حيث اخره قال واذا كانت جارية بين

رجلين

رجلين كاتباها واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته وثبت نسبه ثم
وطئها الاخر فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته ايضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي ام ولد للاول بطريق التعيين
لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة
صاحبه — يتجزى عند ابي ح رح لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد
على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال
من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاد
فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا ينفسخ الكتابة واذا ادعى الثاني ولدها الاخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا لان
الظاهر ان تمضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم يكن وتبين ان الجارية
كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف
عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول
على الثاني نصف العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة اما بالنظر الى الظاهر فكون الولد ابنه بالقيمة
ملكه — فانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف واما بالنظر
الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول
عند ابي ح رح لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها اجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس
عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيل عند ابي ح رح في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حرا بالقيمة
وايهما دفع العقر الى المكاتبة يعني قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها
واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه هذا الذي ذكرنا كله قول ابي ح رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد للاول وهي مكاتبة
له يعتق باداء البدل الى الاول ولا يجوز وطئ الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد
يجب تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما يثبت به ولهذا يكمل في القنة
بالاجماع وقد امكن ههنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فيفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا يتضرر به المكاتبة وهو امومية الولد
لانه لا ضرر لها فيه بل لها فيه نفع حيث لم يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء ما
لا يتضرر به وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها قوله بخلاف التدبير جواب عن قياس ابي ح رح المتنازع فيه على المدبرة
المشتركة ووجهه انا قد قلنا ان امومية الولد تستكمل ما امكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد
الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاده وقوله وبخلاف بيع المكاتب قيل هو جواب عما
يقال هلا تنفسخ الكتابة في ضمن صحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما تنفسخ هنا في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان تجويز
البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطلناها لتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب
لا يصح ويجوز ان يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراء ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى
الكتابة كما كانت قوله واذا صارت كلها ام ولد له متصل بقوله صارت كلها ام ولد له وتقريره لانه لما ادعى الاول صارت كلها
ام ولد له واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يحد

عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو ح رح وانها بقي مكاتبة بينهما فيما يقضي به بالاجماع على ما ذكرناه
ولا حد على وطي مكاتبته ويلزم جميع العقر لان الوطي لا يعرى عن احدى الغرامتين وقوله واذا بقيت الكتابة متصل بقوله
وبقي الكتابة فيما وراءه وتفريع وبقي الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له اي للاول قيل وهو
جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة قد انفسخت فيما لا يقضي به الكتابة ولا يقضي بسقوط نصف البدل وهو
نصيب الشريك الثاني وهو قول ابي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم ينفسخ الا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاد
الثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله في ابقائه يجوز ان يكون جوابا عما يقال الكتابة
تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا يتضرر بسقوط نصف البدل فيجب ان ينفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد الكتابة في حق
نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا يتضرر المكاتب بسقوطه فرجحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ والكتابة
هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا
في تعليل ابي ح رح قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح ٥ اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم
اعتق احدهما يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف رح موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار
والاعسار وعند محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف
الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام
لانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد ملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة
وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل النصيب من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا
الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف رح يضمن
الاول للشريك نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل
والوجه قد ذكرناه واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما
فظ لان المستولد ملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطي فتبين انه ابطل التدبير
مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطي منه لانه يعتمد
الغرور لا الملك وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا يعني في تعليل قول ابي ح رح وهو قوله
وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة
ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح
وهو الملك في المكاتبة وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول
ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ووجهه ما بينا اي في تعليل القولين لما طرف ابي ح رح فقد
ذكرنا انفا من قوله وتبين ان الجارية الخ واما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صار كلها ام ولد له الخ واذا كانا
كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي ح رح وقالا
لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كانها لم تزل قنة والجواب فيه اي في اعتاق احد الشريكين القن على هذا الخلاف
في الرجوع فعند ابي ح رح اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع وفي الخيارات عند ابي ح رح الساكت

لان الكتابة ص

وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا لعله

مخير بين الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان
مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها في الولاء وترديد الاستسعاء فان عند ابي ح رح ان عتق الساكت او
استسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا واما ترديد الاستسعاء فانهما
لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا يسعى العبد في نصيب
الساكت وابو ح رح يراه كما هو مسئلة تجزي الاعتاق كما تقرر في العتاق هذا اذا عجز فاما قبل العجز فليس له ان يضمن
المعتق عند ابي ح رح خلافا لهما وهو واضح ومبناه ايضا على تجزي الاعتاق وذلك لان الاعتاق لما تجزى عنده لم يظهر
افساده نصيب الساكت ما لم يعجز فان اثره ح ان يجعل نصيب الساكت كالمكاتب وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما
يوجب ذلك في القيمة فيوجب الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق الكل فله ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد
ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما واذا
كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فالمدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمته مدبرا وبين استسعاء
العبد واعتاقه واذا كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعي
او يعتق وهذا عند ابي ح رح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب
الاخر لسد باب النقل عليه فله ان يضمن قيمة نصيبه وله الاعتاق والاستسعاء فاذا اعتق الاخر لم يبق له خيار التضمين
والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله
تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية ايضا كما هو مذهبه فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر
واختلفوا في قيمته فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لان المنافع انواع ثلثة البيع وما اشبهه
في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة
والعارية والوطي والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والفائت على ذلك النوع الاول
فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق فانه يضمنه
ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك واذا اعتقه ولا يعني المسئلة الثانية كان للاخر الخيارات الثلث عنده خيار
التضمين والاعتاق والسعاية لان العتق اقتصر على نصيبه وافسد نصيب شريكه كما مر فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين
لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه متعلقا
بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوته بالتدبير بخلاف الاول فهناك نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين ثمه
بتمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتمليك كما اذا اعتق ولد او غصب القن
فمات او ابق واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك
لا بالتمليك فاذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه عما
لزمه ويبقى له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه
لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار
ويضمن نصف قيمته قنا لان تدبيره صادفه وهو قن واذا اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله
كما مر ظ

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى تأخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر المناسبة لان هذه الاشياء متأخرة
عن عقد الكتابة قال واذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة واذا
عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلثة نظرا
للجانبين والثلثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال
لي بينة حاضرة انه يؤخر يوما او يومين وثلثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دونا للتاخير والاصل فيه قصة موسى
مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلثة ايام والمدين
بالجر عطف على كامهال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه امهلني يوما او ثلثة ايام فانه تمهل ولا يزاد عليه فان لم يكن له
وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يعجز حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رض اذا توالى على
المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولقائل ان يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بحجة
لانه يفيد الوجود عند الوجود فقط والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين المعلق بشرطين لا ينزل عند احدهما كما لو
قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ولان عقد الكتابة عقد ارفاق ومبناه على المسامحة حتى كان احسنه مؤجلا وحالة
الوجوب بعد حلول النجم فلا ارفاق في الطلب عنده فلا بد من امهال مدة ارفاقا واولى المدد لذلك ما توافق عليه العاقدان وهذا
مضى النجم الثاني ولم يؤد المال الآن تحقق العجز عن ادائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليها العاقدان ولهما ان سبب
الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا اي كون العجز سببا للفسخ لان مقصود
المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه والضمير في يفسخ يجوز ان يكون للمولى اي فيفسخ المولى الكتابة
اذا لم يكن راضيا وان يكون للقاضي اذا لم يكن المولى راضيا بعد مضي ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن اداء
بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منهما
لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا قوله والآثار متعارضة جواب عن استدلاله باثر علي رض وبيان ذلك انه روي عن ابن عمر رض ان مكاتبة
له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدهما من الحجة
فبقي ما قالاه من الدليل بقوله ان سبب الفسخ قد تحقق سالما عن المعارض لان دليل ابي يوسف رح خطأ بدلا تعارض المعقول فيثبت الفسخ
قال فان اخل بنجم عند غير السلطان المراد بالاخلال هنا ترك اداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في ادائه
فاذا اخل بهذا التفسير بنجم عند غير السلطان اي القاضي فعجزه مولاه برضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضي من
غير عذر فبالعذر اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده
تام ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك فسخه يحتاج الى الرضاء او القضاء كالرد بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية
اخرى ان الفسخ يصح بلا قضاء ووجهها ان هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد بوقوع
الفراغ عن استيفاء احكامه فيشبه بهذا الوجه ما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك
ههنا واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وكسب العبد
لمولاه واما قال لظهور ان كسبه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه وقد زال التوقف فان مات
المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده

المولود

المولود في والمشترى في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا رح وقال الشافعي يبطل الكتابة ويموت عبدا
وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رض واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه بطل فالمقصود منها
كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد الممات مقصودا او قبله او بعده مستندا الى حال حيوته لا سبيل الى الاول لان
الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا
الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو
المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق وعليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج طريق
القياس من بيان اصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان ان هذا النص في الحال معلول وبيان ما يتميز هذا الوصف
عن غيره وبيان صلاحه بملائمته للعلل المنقولة عن رسول الله صلعم وعن السلف وعدالته بظهور اثره في جنس الحكم المعلل به وغير ذلك
من شروط القياس فان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك وسلط عليه ما يرد من ردة وادعاء الاضافة
الى المختص في هذا الموضع واما اذا فاز يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز
المعظم قدره والا فاياك ودعوى معرفة الهداية فيكون من الجهلة الذين ظهر عندذوي التحصيل عذرهم فالحق بالاخسرين
اعمالا الذين ضل سعيهم في الحيوة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا قوله بل ولي يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب
كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد
ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضي والمانع اما المقتضي فلان حقه اكد من حق المولى حتى
لزم العقد في جانبه واما المانع فلان الموت انفى للمالكية منه للمملوكية فان المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزا حقيقيا
وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها فنزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين
مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث ويستند الحرية باسناد سببه الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل
الموت فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المص بقوله ويكون اداء خلفه كادائه فلا يلزم ذلك ولا يتوهم ان العتق تقدم على
الاداء بل بعد الاداء قبل العتق ولم يتعرض بان المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم ان المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد قال
وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله
في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشترى فكالمولود في الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة رح قيل له
اما ان يؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهما اعتبراه بالمولود بجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه كالمولود فيهما
بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في اكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة رح فرق بين الفصلين على ما ذكره في
الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب في
آخر جزء من اجزاء حيوته بطريق الاسناد ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة
فيكون ذلك توريث حر عن حر وكذلك ان كان هو والابن مكاتبين كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه لان الولد اما
ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما فالحكم بحرية
في تلك الحالة يعني آخر جزء من اجزاء حيوته على ما مر من اسناد الحرية باسناد سببه الاداء الى ما قبل الموت قال وان مات المكاتب وله
ولد من حرة ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب وله ولد من امرأة حرة وترك دينا على الناس وفاء

جثى على ركبتيه جثوا وجثوا ت
بدو زانو نشست

بكتابته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالي الام اما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين اعتبار ماله مال ولكن لا يحكم بعتقه حتى
يؤدي البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينًا لم يتات القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال واما ان الولاء
لموالي الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به اي بموجب الجناية على
عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئًا لا يبطله اما انه
يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه
الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب قد يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا اكذب
الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر
شيئًا لا يبطله فلئلا يعود على موضعه بالنقض قوله وان اختصم موالي الام الخ هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد
الاب اختصم موالي الاب موالي الام فقال موالي الام مات رقيقًا والولاء لنا وقال موالي الاب مات حرًا والولاء لنا فقضى
بولائه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودًا وهو واضح وذلك يبتنى على
بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا انفسخت مات عبدًا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرًا
وانتقل الولاء الى موالي الاب هذا اي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان
القضاء بالولاء نافذا انفسخ الكتابة لانتفاء لازمها وهو احتمال جر الولاء لما تقدم في المسئلة الاولى ان ذلك جزء اللازم
والشيء ينتفي بانتفاء جزئه قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزوم ذلك لصيانة القضاء عن البطلان تحو صيانة بطلان
ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب ليس احد البطلانين ارجح واجيب بان صيانة القضاء اولى لانه اذا لاقى فصلًا مجتهدًا
فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه اولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في بقائها **قال** وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه
اذا كان المكاتب اخذ من الزكوة شيئًا وعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى وقبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان
الملك فيه قد تبدل لان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضًا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك حديث
بريرة رض فيما اهدت اليه وهي مكاتبة حيث قال عم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير ما اخذ من الزكوة
لغني او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح
لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد ظ لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده
ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه ملكًا مبتدأ ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا اجر نفسه ظئرًا ثم عجز وكذا
عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى
كالعبد الماذون ولهذا اذا اجر المكاتبة نفسها ظئرًا ثم عجزت لا يوجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس في نفس الصدقة والا لما فارقها
اصلًا وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالًا به وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد
من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى
هذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان
المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكًا مبتدأ بل كان له نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتاكد ذلك كما ذكرنا آنفا **وههنا سؤال**
مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فاني يتحقق تبدل الملك واجيب بان ملك الرقبة للمولى كان مغلوبًا في مقابلة ملك اليد للمكاتب

فان الكتابة

فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك
الا بتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين ولعل الاولى ان يقال
المولى لم يكن له ملك اليد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا **قال** واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه
ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارًا للفداء ووجب عليه قيمته اما الاول فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر
بفعله وهو الكتابة كالبيع وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والفداء لان هذا اي احد هذين الامرين
موجب جناية العبد في الاصل والموجب الاصلي لا يترك الا لمانع فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامر عارض
والمانع عند حال الكتابة قائم اما عن الفداء فلما مر من عدم العلم واما من الدفع فلتعذره بالكتابة فاما اذا عجز فقد زال المانع
واذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اي وكما مر من عود الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يقض به اي بموجب الجناية حتى عجز لما
بينا من زوال المانع وان قضى به اي بموجب الجناية عليه اي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو اي ما قضى به من موجبها دين في ذمته يباع
فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه فوقه متعذر بسبب الكتابة وهو احق
بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا يرى ان في جناية
المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش الجناية لانه احق بكسبهما هكذا ذكره الكرخي وغيره واذا علمت هذا
ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي
صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع اليه ابو يوسف وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا ان يقضي المولى عنه
وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند هما وقعت منعقدة موجبة للقيمة كما في جناية
المدبر وام الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش
الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمبسوط وعلى هذا يكون تاويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من ارش الجناية ولنا
القول بالموجب وهو انا سلمنا ان المانع من الدفع قائم ولكن الكلام في انه قابل للزوال ولا شك في قبوله لامكان انفساخ
الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان
مذهب زفر ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على الرضاء او القضاء فالوجه اخذه في الدليل قلنا ظهوره فانا التردد
في زوال المانع منع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي فصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ على القضاء
لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة **قال**
واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة الكتابة حق المكاتب لانها سبب حريته وحريته حقه فهي سبب حقه وسبب حق المرء حقه لا انه
الحصول له فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كيلا يؤدي موته الى ابطال حق غيره ويقال له اد المال الى الورثة المولى على نجومه
اي مؤجلًا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان
صحيحًا صح تصرفه بتاجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضًا وكاتب فان المكاتب تؤدي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا
لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتاجيل غير الثلث كاسقاطه قوله الا ان الورثة يخلفونه استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكان
جواب عما يقال كيف لا يتغير بسبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغيير فقال قائم مقامهم في الاستيفاء
لا يسمى تغييرًا في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت كما ان ورثة المديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغييرًا فكذلك دين الكتابة فان

وسو جوب القيمة

اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لم يملكه ابن آدم وان
اعتقوه جميعا عتق استحسانا ووجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان ان يصير اعتاقهم ابراء عن
بدل الكتابة فانهم يملكونه لجريان الارث فيه واذا برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه مولاه فان قيل فاجعل اعتاق
احد الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل
او ادائه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو ابرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق شيء منه
اذا لم يمكن اثبات المقتضي لا يثبت المقتضى فلا وجه للابراء البعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة **كتاب الولاء**
اورد كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم المكاتب
الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة
هو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال
الولاء نوعان تنوع الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول ولاء العتاقة ويسمى ولاء نعمة اقتفاء بقوله تعالى واذ تقول للذي
انعم الله عليه وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد وسببه العتق على ملكه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا ان
الاعتاق سبب لا بقوله عم الولاء لمن اعتق وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق
فجعل العتق سببا اولى للعموم والثاني ولاء الموالاة وسببه العقد على ما سنذكره قوله ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة
بيان لسببية النوعين فان كل منهما يضاف الى شيء والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول وقوله والمعنى فيهما التناصر بيان
مفهومهما الشرعي قوله وكانت العرب تتناصر باشياء بيان وجود التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بها وبالحلف والمحالفة
فقرر النبي عم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون
الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه اذا اعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله عم الولاء لمن اعتق ووجه الاستدلال
ان الحكم اذا ترتب على مشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق
مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق قوله ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على
الاثر الثابت به وهو العقل والميراث وتقريره المولى يتناصر بمولاه بسبب العتق ومن يتناصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم تحقيقه
بنصره يغرم عقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا يرى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت
بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق يثبت هذه الاحكام في حقه
فكان احياء معنى ومن احيا غيره معنى ورثه كالولد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء ولانه يثبت
انه يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم فقوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا اخره قوله وكذلك المرأة تعتق يعني ان ولاء
معتقها لها لما روينا من قوله عم الولاء لمن اعتق وقوله ومات معتق لابنة حمزة رض معطوف على قوله لما روينا يعني ذكره استدلالا
على ثبوت الولاء للمرأة روي ان بنت حمزة اعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل النبي عم المال بينهما نصفين ويستوي
في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره والعتق بقرابة او كتابة عند الاداء او تدبير او استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا
ابتداء او بجهة الواجب ككفارة اليمين وما اشبهها لاطلاق ما ذكرناه يعني قوله عم الولاء لمن اعتق وما ذكره من المعنى المعقول فان
شرط انه سائبة اي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا

ادى

ادى المكاتب كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسئلة جر الولاء وبين مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على
الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا وان وقع تبعا للام ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا اعتق الرجل
امة وولدها عتقا وولاؤهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك
الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل واعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او
ولدت احد التوأمين لاقل من ستة اشهر بيوم ثم اعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالي الاب لان المولى قصد اعتاق
الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت
لاقل من ستة اشهر حصل اليقين لقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوأمين لانهما يتعلقان معا فان قيل يحتمل اذا والت رجلا والزوج
والى غيره كان ولاء الولد لمولى الاب في الفرق اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس
بمحل له واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لموالي الام لانها لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق
حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء
بمنزلة النسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت ضرورة عدم
اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه
عاد الانتساب اليه ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة مكاتب
فمات عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد
مولى لموالي الام لم ينتقل عنهم وان عتق الاب والجواب ان العلوق به وجد في حال عدم الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة
العلوق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لانه يصير مراجعا
بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب و
احتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك استند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا
عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وتبين من هذا انها اذا جاءت به لاقل من ستة
اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم
فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الاب لتيقننا بمراجعته وذكر
لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبقي الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح قال ومن تزوج من العجم
معتقة من العرب تزوج مسلم من العجم بمعتقة احد من العرب فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة ومحمد وامولهم لا لذوي
ارحامه حتى لو ترك هذا الولد عمه او خاله لم يكن لهما شيء في وجود معتق الام وعصبته وعند ابي يوسف حكمه حكم ابيه فلا يكون
عليه ولاء عتاقة وانما يورث ما بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي الام لان
النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك اجاب بان العبد هالك معنى
لانه لا يملك شيئا ولانه اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لا
اب له فينسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحر حي باعتبار صفة المالكية والعربي والعجمي فيه سواء
ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب بمعنى قوله حتى اعتبر الكفاءة فيه ان الناس تفاخروا بالعتاقة ويعتبرونها في الكفاءة فيمن ليس له اب واحد

في الحرية لا يكون كفوًا لمن له ابوان فيهما والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعمارة الدنيا
حتى جعلوا من له اب واحد في الامارة كفوًا لمن له ابوان في ذلك قال المص الخلاف في مطلق المعتقة وانما قال ذلك لان محمدًا
ذكر المعتقة مطلقًا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العربي تنافيا وذكر لفظ الجامع
الصغير لبيان ان محمدًا ذكر المعتقة مطلقًا ولاشتماله على ولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب قوله كالمولود بين واحد من الموالي
يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت له اولادًا فانهم ينسبون الى قوم ابيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة
وقوله وان كان الابوان اي الوالدان معتقين راجع الى اول الخلاف يعني اذا كانت الام معتقة والاب مولى رجل ففيه الخلاف
واما اذا كان الوالدان معتقين فقد اجمعوا ان النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب قال عم الولاء
لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرة به اي بالاب
اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب التعصيب هو جعل الانسان عصبة ومنه قولهم الذكر يعصب الانثى وهو اي مولى العتاقة احق
بالميراث من العمة والخالة لقوله عم للذي اشترى عبدًا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك
فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثًا كنت انت عصبته قوله هو اخوك يعني في الدين قوله ان شكرك يعني ان شكرك بالمجازاة
على صنيعك فهو خير له لانه امتثل ما ندب اليه وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينتقص بقدره من ثواب الاخرة
وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الاخرة وشر له لانه كفر النعمة وقوله كنت انت عصبته يدل على ان المراد ولم يترك
عصبة حيث لم يقل كنت وارثه وورث النبي عم ابنة حمزة رض على سبيل العصوبة مع قيام وارث من بنت الميت وذلك لان النبي
اعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبة هو الذي ياخذ ما ابقته الفرائض واذا كان عصبة يقدم على ذوي الارحام
وهو المروي عن علي رض فاذا كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق اخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك وارثًا
وارث عصبة استدلالا باشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني اي بحديث بنت حمزة فانه
على العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن له اي للمعتق عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اي تاويل قول القدوري هذا اذا لم
يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه وذكر في الهداية الجملة تاويلين احدهما ان معنى قوله صاحب فرض
ذو حال سوى حال الفرض كالاب مع البنت فان له حالًا سوى حال الفرض وهي العصوبة اما اذا كان فله اي لمثل هذا الوارث
الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد كالبنت اما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك
الوارث قال صاحب النهاية والثاني اوجه لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة على ما روينا وهو اشارة الى قوله
ولو مات ولم يترك وارثًا كنت انت عصبته وهو واضح وقوله وهذا اشارة الى قوله لانه عصبة يعني انما كان عصبة لان
العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة اي القبيلة وتقدير العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار
على ما مر في اول كتاب الولاء وهو قوله وكان العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله والعصبة
تاخذ ما بقي تمام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تاخذ الباقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى
دون بناته كما ذكره في الكتاب قوله لما قدمنا اشارة الى قوله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال جر الاب
ولاء ابنه وقد ذكر جر المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلًا عن الذخيرة فليطلب ثمه قوله ولان ثبوت المالكية دليل معقول على
ثبوت الولاء ممن اعتقه او اعتق من اعتقه وتقريره ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظ وكل من ثبت من جهته

لان النبي ع قدمه على الرد حيث ورث بنت حمزة رض وما زاد الباقي على بنت الميت والرد مقدم على ذوي الارحام

شئ ينسب اليه لانه علة اذ ذاك ثبوت المالكية ينسب بالولاء وينسب اليها من ينسب الى مولاها لان معتق المعتق ينسب الى معتقه
بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمراة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الاباء لان سبب النسبة فيه الفراش والفراش انما
هو للزوج لانه المالك والمراة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورًا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء
لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض فيه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من يكون به النصرة والنصرة بالذكور
دون الاناث حتى لو ترك المولى ابًا وابنًا فالولاء للابن عند ابي ح وم رح وصورته امراة اعتقت عبدًا ثم ماتت عن ابن و
اب ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع فقال للاب السدس والباقي للابن لان الاب
يستحق بها كالبنوة لان الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب و
هذا لم يصر محرومًا عن ميراثها به فكذا عن ميراث معتقها ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق و
الابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه ابا ابيه واخاه
لاب وام او لاب كان ميراثه للجد عند ابي ح رح يعني عند وجود الابن لانه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو ان امراة اعتقت
عبدًا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب
في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها وجنايتها على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها
وابنها ليس من قوم ابيها ولو ترك المولى ابنًا وبني ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي
عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعنى الكبر القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا الا ترى ان المعتق اذا
مات وترك ابنين صغيرًا وكبيرًا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلب
فيستحق الجميع **فصل في ولاء الموالاة** اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل
كان اقوى بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحًا وصورة هذا الولاء ان يتقدم
رجل ويسلم على يدي رجل ويقول له او لغيره واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الاخر
فيه وله ثلاث شرائط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره واما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له
ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيًا فان قيل من شرط العقل عقل الاعلى وحريته
فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثًا اجيب بان المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل
واحد من الصور واما ما ذكرت فانما هو لدفع فلم يذكره واما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق
ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلا قوله وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان من
ذوي الارحام فانه اورد عليه بانه ينبغي ان يكون الثلث للمولى كما لو اوصى بكل ماله لاخر وله وارث معروف واجيب بانه جعل بعقد
الولاء وارثًا عنه وسبب الوراثة ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعًا وان اختلفوا في كونها سببًا للارث وعقد الولاء
مختلف في ثبوته شرعًا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الموصى
بالثلث فانها خلافة في المال مقصودًا فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب له ذلك مقصودًا او لا بطريق
الارث لترجح استحقاق القريب عليه وخلا قوله الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر كما في عزل الوكيل فانه
اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة الوكيل في عزل الوكيل وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان

ولو شرطا الارث من الجانبين كان كذلك فيتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يرث فيه الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى كفاية

مقدم مال الموكل على ما مر في الوكالة فما مضى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب بان سبب
الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الآخر بغير علمه والزام
شئ على الآخر من غير علم به نفسه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله بغير علمه وخلا
قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل حال غيبته مقصود لا يصح وحكما يصح كما لو اعتق العبد
الذي وكله ببيعه فان قيل يرد عليه لماذا لم يجعل صحة العقد مع الثاني موجبه فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب والنسب
ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول
ذكره لذلك كله في النهاية **كتاب الاكراه** قيل المولاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة اكل مال المولى الاسفل
بعد موته الى الحله كما ان الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة
عبارة عن حمل الانسان على شئ يكرهه يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء ما ذكره بقوله
اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا
ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختيار او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره فذلك
انواع الاكراه الثلثة وموضعه اصول الفقه وقوله مع بقاء اهليته اشارة الى كون المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب
بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا واما شرطه وحكمه فيأتي في اثناء الباب **قال** الاكراه يثبت حكمه اذا حصل
ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا وخوف المكره وقوعه بان يغلب
على ظنه انه يفعله ليصير به الاكراه محمولا على ما دعي اليه من المباشرة فاذا حصل شرائطه يثبت حكمه على ما سيجئ تفصيله ولم يفرق
بين حصوله من السلطان واللص لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به ولا يخاف الا اذا كان المكره قادرا
على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما والذي قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان
لما ان المنعة والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قال المشايخ رح هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
لان مناط الحكم القدرة ولم يكن في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير اهل الزمان فاذا اكره على بيع ماله او شراء سلعة
او الاقرار بمال له او اجارة داره بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد او بالحبس فهو اكراه يترتب عليه الحكم فان فعل ما
دعي اليه ثم زال الاكراه فهو بالخيار ان شاء امضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون
تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فيفسد وان اكره بضرب
سوط او حبس يوم او قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالي به نظرا الى العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يعلم انه يستضر به فهو
اكراه لوجود العلة وهو فوات الرضاء قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضاء فيفسد
اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق وعند
الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا اكره على الاقرار بالضرب بسوط او حبس يوم فاقر فهو اقرار
كما في البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب اي عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلة من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط
واحد وحبس يوم واحد اكثر مما يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد رح ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك
على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف

على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك كالبيع بشرط الخيار ولنا ان ركن
البيع صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال والفساد
لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وتاثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير
كانتفاء المساواة في باب الربوا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار انما لا يفيده لانه جعل العقد في حق حكمه كالمعلق
بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت انه يفيد الملك عند القبض فلو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا
يملك نقضه كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة
لما عاد جائزا بالاجازة كهي اجاب بان باجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضاء فيجوز بخلاف سائرها فان
المفسد فيها باق قوله الا انه لا ينقطع به استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما
اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا ينقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته
الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه
مقدم على حق الله تعالى لحاجته اما ههنا فالرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف ومن جعل
البيع الجائز المعتاد يريد به بيع الوفاء وصورته ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بما لك علي من الدين
على اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت منك هذا العين بكذا على اني اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي
وقد اختلف المشايخ فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة
على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف واشار اليه بقوله البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا
وجعله كالبيع المكره عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضاء كما في البيع المكره عليه ومنهم من جعله
رهنا لقصد المتعاقدين لانهما وان سمياه بيعا لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق
له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده اذا كان وفاء بالدين
ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلكت بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من
جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهازل لانهما يتكلمان بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما ان يفسخ بغير رضا صاحبه ولو
اجاز احدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله هو المعتاد انهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزون الى ان
يرد البائع الثمن الى المشتري ويفي المشتري برد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه بيعا او
هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد من رد المبيع **قال** فان كان قبض الثمن طوعا اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد
اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة
وكذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر
الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا اي فاسدا لو جب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على
اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمتها والفرق بينهما ان مقصود
المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه
على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان قبضه اي الثمن مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده

ای کسائر البياعات الفاسدة

مما يطلب بيع الوفاء

وينبغي الاحكام كلها احكام الرهن

لفساد العقد فيكون الثمن امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك انما يوجب الضمان اذا
كان للضمان وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن
قيمته للبائع لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة والمكره بالخيار
ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يصلح آلة له من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا
يتصور فكان المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما
احدث سببا للضمان كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع باداء الضمان وان ضمن
المشتري يعني اي مشتر كان نفذ الاول نفذ كل شراء كان بعده شرائه لو تناسخته العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان فظهر انه
باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه وقال الشارح وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب كما عرفت
الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المص انما هو على شق الترديد بين تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب
من جهة التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث قصر النفاذ ههنا على ما كان
بعده وعم الجميع هنالك اجاب بقوله لانه اسقط حقه يعني في صورة الاجازة وهو اي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز فان
قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيعا من البيوع نفذ ما اجازه خاصة اجيب بان الغصب لا
يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازته احد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم
ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط
حق المكره في الاسترداد وهذا لا يفترق الحال بين اجازة البيع الاول والاخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازته عقدا منها **فصل**
لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته
وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس او الضرب اليسير والتقييد
والاول معتبر شرعا سواء كان على القول او الفعل والثاني ان كان على فعل فليس بمعتبر ويجعل كان المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه
وان كان على قول فان كان قولا يستوي فيه الجد والهزل فكذلك والا فهو معتبر وعلى هذا ان اكره على اكل الميتة او شرب
الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف به تلف النفس او العضو وقيد لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره بما يخاف منه على نفسه او
على عضو من اعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في
المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس والعضو حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه
ابيح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به واشار الى ان الملجئ مما زمر غيره بغلبة الظن لان بنية الانسان في احتمال الضرب
متفاوت وليس فيه نص مقدر فيعتبر فيه غالب الرأي من ابتلي به ولا معتبر بما قدره في ذلك بادنى الحد وهو اربعون فقال ان تهدد
باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك المقدار
بالرأي وهو لا يجوز فان صبر حتى اوقعوا به اي قتلوه او اتلفوا عضوا ولم يتناول وهو علم بالاباحة فهو آثم لانه لما ابيح من حيث ان
حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان بالامتناع
عن الاقدام معاونا للغير على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ
الحرمة بصفة انها ميتة او خمر وهي قائمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا الاثم ان الحرمة قائمة لان الله تعالى استثنى حالة

الاضطرار

الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان البيان ان المستثنى خارج
في صدر الكلام فلا يحرم فكان اباحة لا رخصة فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف نفسه او
عضوه فكان آثما لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه امر يختص بمعرفة الفقهاء فيعذر
اوساط الناس بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع
هو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار
الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام **قال** وان اكره بالكفر بالله اعلم ان كل ما لا يعتبر اكراها في تناول الميتة والخمر لا يعتبر اكراها
في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر اشد فاذا اكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس او العضو لا يصح الاقدام عليه
واذا خاف على ذلك جاز له ان يظهر ما امروا به من اجراء كلمة الكفر لكنه يوري والتورية ان يظهر خلاف ما يضمر فجاز ان يكون المراد
بما ههنا اطمينان القلب وجاز ان يكون الايمان بلفظ يحتمل معنيين فان ظهر ما امر به موريا كان وغيره على المعنى الآخر وقلبه مطمئن
بالايمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر حيث ابتلي به وقد قال عم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد
وفيه نزل قوله تع الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان وقصته معروفة ومعنى قوله عم فعد فعد بالطمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا
لان ادنى درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمته وموضعه اصول الفقه
قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول وهو ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق
وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان فيما اجمع فيه
فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان ماجورا لان خبيبا رضه
صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عم سيد الشهداء وقال في مثله اي في حقه هو رفيقي في الجنة وقصته معروفة ايضا
ولان الحرمة باقية لتناهي قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر
فان الحرمة هناك لم يكن باقية للاستثناء كما تقدم فان اعترض بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن
بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر فالجواب بان في الاية تقديما وتاخيرا وتقديره
من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فانه تع ما
اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب والغضب ليس من ضرورة نفي الغضب هو حكم الحرمة عدم
الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متاخر لجواز
ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب هي الحرمة فلم تثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان
كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بتأخير
آخر شرعي يوجب تاخيره كما في المثال المذكور من قوله تع ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك
وعلى هذا ذهب ابو بكر الرازي الى ان الامر في قوله عم فان عادوا فعد للاباحة وقولهم لان الكفر مما لا ينكشف حرمته صحيح ولكن
الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر **قال** وان اكره على اتلاف مال المسلم وان اكره رجل على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على
نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال
ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان ياخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه

وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل والتكلم والوطئ فانه فيها لا يصلح آلة له وان اكره بقتله على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل
فان قتله كان آثما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه واما وجوب القصاص ففيه
اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما ان يجب على المكره والمكره جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او
على العكس والاول قول الشافعي رح والثاني قول ابي يوسف رح والثالث قول ابي ح وم رح والرابع قول زفر ان الفعل من المكره حقيقة
لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه يعاقب عليه كذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير
مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك
الشافعي رح في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا الى القتل حكم المباشرة عنده
كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبيب ولقائل ان
يقول في عبارة المص تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا للشافعي
وهو يضيفه الى غيره ايضا والجواب ان دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا
منافي ولابي يوسف رح ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وابي ح وم رح لان تاثيم الشارع
يدل على تقرر الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة و
القصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا للحيوة والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع
كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل
لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة له لاضيف الاثم الى المكره كالقتل اجاب بقوله ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم
مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق فان الاعتاق ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف الى العبد حتى وجب عليه قيمة العبد ويقتصر عليه
من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما نقول في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل
الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا واذا ظهر ان المكره آلة للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من
اصابته مخمصة فقتل انسانا واكل لحمه حتى بقي حيا ايثارا للحيوة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس
ثمه من يكون آلة له فيضاف الى نفسه واعلم ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكره الآمر بالغا عاقلا او معتوها او غلاما غير
بالغ فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخي شيخ علاء الدين عبد العزيز رح الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون
كسرها ونقل عن ابي اليسر في مبسوطه ولو كان الآمر صبيا او مجنونا لم يجب القصاص على احد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون
وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه قال وان اكره على طلاق امرأته وان اكره الرجل على طلاق امرأته او على عتق عبده ففعل
وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي فان تصرفات المكره كلها باطلة الا ان يكون اكراها بحق وقد مر دليل الفريقين في الطلاق
ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن
التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له
فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آلة
صحت الاضافة اليه فلذا يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية عليه اما وجوب الضمان فيما اذا قال المكره اردت بقولي هو حر عتقا
مستقبلا كما طلب مني فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمته لانه اتى بامره بدءا على وفق ما اكرهه وكذا اذا قال لم

خط

يخطر ببالي سوى الايقاع المطلوب به وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا واردت ذلك لا انشاء الحرية عتق العبد قضاء
لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد
عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلفه بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف فالجواب
انا لا نسلم ان الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون للمكره ثم لئن حصل للمكره عوض فليس في حكم المال كما في منافع البضع
معوضا عما اتلفه بما لا تعلق له به اصلا سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل
فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرها لا زنا فعه تعدها الا عند الدخول
والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا يرى انه اذا شهدا بالولاء ثم رجعا لا يضمنان واما عدم السعاية فلانها انما تجب
للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي ح رح ان المستسعى كالمكاتب وقد خرج فلا يمكن تخريجه ثانيا او لتعلق حق الغير ولم يتعلق بالعبد
حق الغير فلم يوجد شيء من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية
لتعلق حق الغير وهو المرتهن وهذا على مذهب ابي ح رح سالم عن النقض واما على مذهبهما فانه منتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه
فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد لهما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير و
هو غير محجور عليه ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مؤاخذ باتلافه يعني ان المكره انما ضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد حكما
فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئا قال ويرجع بنصف مهر المرأة الجواب فيما اذا اكره على طلاق امرأته وقد سمى لها مهرا الا انه لم يدخل
بها نظير الجواب فيما اذا اكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره الا ان الرجوع ههنا بنصف الصداق
وثمه بقيمة العبد وان لم يسم رجع على المكره بالمتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم
واما في الطلاق فلقوله لان ما عليه اي على الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بتمكين ابن الزوج منها بتقبيل
او بالارتداد والعياذ بالله وما كان عليه تاكد بالطلاق كرها فما كان على شرف السقوط تاكد به والتاكيد شبيه بالايجاب فكانه
اوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال من هذا الوجه والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى المكره من حيث انه
اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج
وما ليس بمال لا يضمن بالمال الا يرى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ولو اكره على التوكيل
بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل اي طلق او اعتق فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه
الاستحسان ان الاكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة فالاكراه
لا يؤثر في فساد الوكالة اما انه كالشرط الفاسد فلما تقدم انه يعدم الرضا فيفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرطا فاسدا
فانه يفسد العقد ولا يمنع عن الانعقاد واما ان الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلانها من الاسقاطات فان تصرف
الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقطه واذا لم يفسد بها كان تصرف الوكيل نافذا ويرجع
المكره على المكره بما غرم من نصف الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال
الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلف اليه كما في الشاهدين شهدا ان فلانا وكل فلانا بعتق عبده
فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان مقصود المكره زوال الملك بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان فعله وسيلة
الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه بيان لما يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل وضابطه

ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع الصحة لان الاكراه يفوت الرضاء وفوات الرضاء
يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه
الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع به على المكره بما لزمه لانه غير مطالب
به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا اذا اكره على يمين يحلف يعقدها او على ظهار فظاهر صح وكذا على رجعة ففعل صح او على
ايلاء فآلى او على فيء اليها باللسان ففعل صح لانها اي الرجعة والايلاء والفيء يصح مع الهزل وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ
فان اكره على اعتاق عبد عن كفارة اليمين او الظهار ففعل اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره بالخروج عما لزمه
وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وان عين عبدا لذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته لانه اتلف عليه مالية
العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على احد وان تركها التي آلى منها اربعة
اشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره لانه كان يمكنه القربان في المدة فاذا لم يفعل
كان ذلك رضا منه بلزوم الصداق واذا قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء لانه اتى بضد ما اكرهه عليه واذا اكره على ان يخالع
امراته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق وهو يمين والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذا ببدل او يمين لوجود
الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام بازاء ما سلم لها من
البينونة ولا شيء على المكره للزوج لانه اتلف عليه البضع بمال وهو النكاح فلا يضمن كما قيل ان خالعها وهي غير ممسوسة فاستحقت
نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيده ما كان على شرف السقوط اولا فقيل لا يرجع اما ان ساق الزوج اليها المهر
كله اولا فان ساق فيرجع على المكره بنصفه بالاتفاق اما عندهما فظ لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما
قبل صاحبه بحكم النكاح واما عنده فلانه وان وجب البراءة لكنها براءة مكره والبراءة مع الاكراه لا يصح وان لم يسق يرجع
عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد كان الزوج به اولا الا ان يكره
الحد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار آلته وذلك لا يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية
بخلاف المراة فانها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره
هو السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف على نفسه فكان قصده
بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عليه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف
لانه امر طبيعي ينتشر من النائم من غير اختيار وهذا وجه قول ابي يوسف ومحمد انه لا يلزمه الحد واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل
انه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك
بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحققا لان السلطان يعلم انه لا يفوته
فهو ذو اناءة في امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان
عن نفسه اذ ليس فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا
حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب
المهر لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن احدهما فاذا سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل او
اذنت له بذلك اما الاول فظ لانها لم ترض بسقوط حقها واما الثاني فلان الاذن لها ليس يحل الوطء فكان اذنها لغوا لكونها

مجوزه

مجوزة عن ذلك شرعا وان اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة بتبدل الاعتقاد الا يرى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان
لم يكفر وفي تبدله شك وكان الايمان ثابتا بيقين فلا يثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها من البينونة ويجوز ان يجعل كلامه
دليلين احدهما ان يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال
الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة
فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك فان قالت المراة قد بنت منك وقال الرجل قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان
فالقول قوله استحسانا وفي القياس القول قولها فيقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي
فيه الطائع والمكره كما في الطلاق وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث
الحقيقة حتى يكون نصا محكما يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالة عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب
فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كانت دلالة عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون
صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل ان يكون لفظه
يوافق اعتقاده واحتمل ان لا يكون رجحنا الاسلام في الحالين قيل اي حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لان الاسلام
يعلو ولا يعلى فلم يجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام وهذا في حق الحكم اما فيما بينه
وبين الله اذا لم يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي ح
ان الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب اصول اهل الفقه فانهم يجعلون الاقرار
ركنا ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة اي شبهة عدم الارتداد لجواز ان يكون التصديق
غير قائم بقلبه عند الشهادتين والشبهة دارئة للقتل قوله ولو قال الذي اكره معطوف على قوله وقال هو قد اظهرت ذلك
يعني لو قال في جواب قولها قد بنت منك اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه قضاء لا ديانة لانه اقر انه طائع بالاتيان
بما لم يكره عليه لانه اكره على الانشاء دون الاقرار ومن اقر بالكفر طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف
الظ اذ الظ هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله اللفظ ولو قال اردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر
ببالي الخبر عما مضى بانت قضاء وديانة لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما خطر هذا بباله امكنه
الخروج عما ابتلي به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان كمن اجرى كلمة الكفر
طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه انه كفر فتبين امراته قضاء وديانة والحاصل ان المكره على اجراء كلمة الكفر على ثلثة اوجه
وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفي وجه يكفر فيهما جميعا وفي وجه يكفر قضاء فيفرق القاضي بينه وبين امراته ولم يكفر ديانة
وذلك لانه اذا اجراها فاما ان يخطر بباله غير ما طلب منه ولا والثاني هو الاول والاول ان خطر بباله ان يقول ذلك ويريد
الاخبار عما مضى كاذبا واراده فهو الثالث وان لم يرده فهو الثاني واذا ظهر لك هذا امكنك تخريج مسئلة الصلوة للصليب
وسب النبي عم وقوله لما مر اشارة الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لانه
فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تع وهي احد قطبي امر
الديانة والاخر التعظيم لامر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير

والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الاسامي والحق بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان
اسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال
واما الذي لا يكون مغلوبا وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء اما عدم جواز تصرف
الصبي فلنقصان عقله واهلية التصرف انما هي بالعقل لكن اهليته مترقبة واذن وليه آية اهليته واما العبد فله اهلية لكنه
حجر عليه لرعاية حق المولى كيلا يتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي باشره وشراؤه فيلحقه ديون
فيأخذ اربابها اكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عليه وكيلا يملك رقبته بتعلق الدين اذا لم يكن له كسب غير
ان المولى اذا اذن فقد رضي بفوات حقه والجنون الغالب لا يجامعه اهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال ومن باع من
هؤلاء شيئا اراد بهؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد
موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالب للملك والشراء جالب له يقصده لافادة هذا الحكم اعني كون البيع سالبا والشراء جالبا
وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم والولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان
التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه ظ وأورد سؤالا على الشراء
وهو ان الاصل في الشراء النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر من بيع الفضولي فكيف ينعقد ههنا موقوفا على الاجازة
وأجاب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد ذلك لعدم الاهلية
في الصبي والمجنون او لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال
فيه ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى اما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله او اشترى فلا يرد الاشكال ولكن يحمل المذكور
في القدوري مذكورا ههنا فاورد الاشكال وهو موجود في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكر شيخي في شرحه قوله وهذه
المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء اي هذه
المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما تمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه
يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا
يجري فيه على العموم قوله دون الافعال يعني ان المعاني الثلثة لا توجب الحجر عن الافعال لان الشان ان الافعال لا مرد لها حتى
ان ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما
الضمان في الحال لان الافعال توجد حسا ومشاهدة ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف
بخلاف الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون
قصد لقصور العقل فينتفي المشروط بدونه واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره
فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين
احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله
فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجوده
والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا ترى ان القول من الحر
العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا

كيف ذلك في العبد يملك الاعتاق

يمكن

يمكن تبديلها وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا مرد لها يعني ان الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص قال والصبي
والمجنون لا يصح عقودهما اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما
اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال ليتساق القوليات في موضع واحد
وقوله لما بينا اشارة الى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه
رواه الترمذي عن ابي هريرة رضه والاعتاق يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة
الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان علم
المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكن ان يقف
على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان
بمباشرته اي الولي بخلاف سائر العقود قوله وان اتلفا شيئا بيان تفريع الافعال على الاصل المذكور ومعناه ظ وقوله والحائط
المائل بعد الاشهاد يعني انه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله
بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله فاما العبد فاقراره نافذ معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا
اقرارهما ومعناه ظ وقوله لما روينا اشارة الى قوله عم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظ **باب الحجر للفساد**
اخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة يعتري الانسان فتحمله
على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى
العقل والشرع قال ابو حنيفه رح لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا
غرض له فيه ولا مصلحة كالالقاء في البحر والاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف
في ماله غير ان الحجر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال واما لا
يتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص او يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح
هذه التصرفات بعد الحجر على ما سيجيء واستدل المص بقوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك
يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة والدليل على صحة هذا
منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده وهذا الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما
على قول الشافعي فلا يصح لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة عليه والفائدة يظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه
مصلحا في ماله كالفاسق فعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا يحجر عليه
كالرشيد ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه واجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس
بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات
الغير المالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك اخر سقط الاعتراض وهذا اي
عدم الحجر لان في الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار آدميته وهو قوله ولا يصح القياس على منع المال جواب عن قولهما
ولهذا منع عنه المال وتقريره ان منع المال عنه انما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له على التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما

ذكرنا فلا يقاس عليه قوله ولا على الصبي جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي اي لا يقاس السفيه على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه
وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة لما ذكرنا انه عاقل واجرى على خلافه بسوء اختياره فكان قياس قادر
على عاجز وهو فاسد قوله ومنع المال مفيد جواب عن قولهما ثم هو لا يفيد بدون الحجر مفيد لان غالب السفه انما يكون
يعني انه منع المال بدون الحجر صح
في الهبات والصدقات وذلك يتوقف على اليد اذ لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وان فعل لم ينفذ
قوله واذا حجر تفريع على مسئلة الحجر ومعناه ان القاضي ان حجر على السفيه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره
واطلق جاز تصرفه وكان الواجب ان لا يجوز لان قضاءه لاقى مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى
لا قضاء لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا وجود المقضي له على احتمال البعيد وهو ان يجعل السفيه
مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان ابا ح رح لم يقل به فصار محلا للقضاء يحتاج الى امضاء
فلو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال
الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم ان عند ابي ح رح اذا بلغ الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته
قبل ذلك نافذ لانه لا يحجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يونس الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يونس رشده
وتسامح عبارته في الجمع بين لا ابدا وحتى ظ ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبا ولابي ح رح
ان منع المال عنه بطريق التاديب هذا يمكن ان توجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو
المنع من حيث التاديب هذا يقتضي ان يكون محلا للتاديب لا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة
يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنى عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب
لا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه
هو ان منع المال عنه بطريق التاديب آه قوله ولان المنع دليل آخر وتقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار
اثر الصبي لان العادة وجدانه في اوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة لان مدة البلوغ
من حيث السن ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز في الابتداء
على ما اشار اليه ع م مروا صبيانكم بالصلوة اذا بلغوا سبعا ولهذا قال ابو ح رح ان بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال
لانه ليس باثر الصبا فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود
عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه
الحالة لصيرورته فرعا اصله فكان ههنا هيئا في الاصالة قال ثم لا يتاتى التفريع على قوله اراد ان التفريع الذي ذكره
القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتاتى على قول ابي ح رح وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا
ينفذ بيعه اذا باع ليظهر فائدة الحجر عليه فيكون موقوفا فان رأى الحاكم فيه مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان البيع رابحا
وكان الثمن باقيا في يده اجاز وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا او لم يبق الثمن في يده لم يجزه لان فيه ضررا لخروج
المبيع عن يده بدون ان يكون في يده شيء من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك
يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل
والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي

الذي

الذي تعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر
بين الضرر وهو اهدار آدميته والنظر له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء وعند محمد لا يجوز لانه
بلغ محجورا عنده اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ
رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف رح لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق عبدا ينبغي بعد
الحجر نفذ عتقه عندهما وكذلك عند ابي ح رح فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند ابي ح رح الحكم قبل الحجر وبعده سواء
في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا يرى الحجر عنه بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء
والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب وذكر ان الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر
فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل لا من كل وجه بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى
ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من وجوه الاول ان السفيه لو
حنث في يمينه واعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله ع م ثلث جدهن
جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه
وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق
الهازل والصحيح فيه ان يقال القصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر
عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان
يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له
من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما والاصل عندهما ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق في انه لا يزيل الخطاب ولا
يخرج من ان يكون اهلا لالزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما ان الرق كذلك فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق
كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه قلنا ليس السفيه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه
حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا
فاذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر بمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رد بدل
القيمة كما في الحجر على المريض لاجل النظر لغرمائه وورثته فاذا اعتق المريض عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه ولورثته في ثلثي قيمته اذا
لم يكن عليه دين ولا مال له سواه بمعنى النظر الى آخر الكلام وعن محمد انه لا يجب عليه السعاية لانها لو وجبت لوجبت حقا لمعتقه وذلك
غير معهود في الشرع وانما المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعى للساكت ولو دبر عبده جاز لان التدبير
يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته لانه ملك انشاء حقيقة العتق فلان يملك انشاء حقه كان اولى الا انه لا يجب السعاية في حيوة المولى
لانه باق على ملكه والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه دينا فان مات ولم يونس منه رشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو
مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا يرى ان مصلحا لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين محيط بتركته
فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة توجب
السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا انه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببيته
في ايجاب السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن

بحيث يسعى في ثلثي قيمته لان المدبر وصية وفيها يسعى العبد كذلك واجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا ترى
ان الرجوع في الوصية صحيح دون المدبر ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لاحتياجه
الى ذلك لابقاء نسله وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحيوة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في الاستيلاد فان
مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان كان مديونا وان لم يكن معها ولد وان لم يعلم لها ولد فقال
هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها وان سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار
بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد فصار كانه قال انت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد
لها في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه ونظيره المريض اذا ادعى لجارية على هذا التفصيل يعني ان يكون معها ولد
او لم يكن الخ قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها كلامه واضح وقوله وصار كالمريض مرض الموت يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار
مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبر اصلا وقوله وكذا اذا تزوج باربع نسوة يعني
يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن في عقد واحد او في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسميته في مقدار مهر
المثل ويبطل الزيادة لما بينا يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وبهذه المسئلة يعتضد ابو حنيفة على انه لا فائدة في الحجر عليه لانه لا ينسد
باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا اضر من اتلافه بطريق الهبة فهو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج
والطلاق قال عليه السلام لعن الله كل ذواق ومطلاق قوله ويخرج الزكوة من مال السفيه والاصل في هذه المسائل ان ما وجب عليه من امر واجب
الله كالزكوة وحجة الاسلام او كان من حقوق الناس كنفقة من يجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر
في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه ولا ابطال شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها وعسى القرابة
لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل
قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الاخر يقر على نفسه بالنسب والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات
عسرة المعرفة والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة قوله وهذا اي ما ذكرنا تماما وجب لله وما كان من حقوق الناس بخلاف
ما اذا حلف ونذر يعني ما اوجبه على نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر عنه وظهاره بصوم لكل حنث ثلثة ايام متتابعات وعن كل ظهار
شهرين متتابعين ان كان ماله تحت المال حال التكفير لانه اي كل واحد مما يجب بفعله اذ السبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير فيتجه هذا الباب
ونضيع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فاني يصح مع القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة منتفية
لان ذلك الحجر يوجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار قوله وان اراد حجة الاسلام
واضح وقوله ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا كذلك والقياس ان لا يعطى نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو
اراد الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية فان كانت مما يجري فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدى اذا صلح فان مرض
واوصى وقيده بالمرض باعتبار ان الوصية غالبا تكون في المرض فان السفيه الصحيح اذا اوصى بوصية فحكمها حكم المريض والقياس فيها
كالوصية في حيوته واستحسنوا فيما اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى ان يكون من الثلث لانه نظر فيه لان وجوبها بعد وقوع
الاستغناء عن المال في امر دنياه وحاله لا نظر له في المنع وانما النظر في اكتساب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذها ذلك وقد ذكر من
التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى في ذلك كما قال ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا
في اربعة مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف على الصغير بشيء له مالا وبيع ولا يجوز تصرف الاب او وصي الاب على

البالغ

البالغ السفيه الا بامر الحاكم والثاني انه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث انه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق
الصبي العاقل ولا عتاقه والرابع ان الذي لم يبلغ اذا دبر لا يصح تدبيره وهذا السفيه اذا دبر عبده صح تدبيره قوله ولا يحجر على الفاسق
اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر ومبنى هذا الاختلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة
والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا لماله وعندهما للنظر له في ماله لم يحجر عليه وذلك لان الله تعالى قال فان آنستم منهم
رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نكر الرشد وهو باطلاقه يتناول القليل منه والكثير ومن اصلح في ماله فقد اونس منه رشد ولانه اهل
للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم يعني في اول كتاب النكاح ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول
الشافعي على من ليس بسفيه لكنه مغفل يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له واعترض بانه خلاف ما ثبت عن
النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام واجيب بان الحجر على المغفل ثبت
بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد ذلك بمنع المال وليس النزاع فيه
فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة عبارة عن الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب
بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال بلوغ الغلام بالاحتلام الحلم بالضم ما يراه النائم يقال حلم واحتلم وبلوغ الغلام بالاحتلام
والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم له ثماني
عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة وقالا اذا تم للغلام
والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عنه وهو قول الشافعي وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا اقل ما قيل فيه لان
بعضهم قال اثنان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رض قوله واذا راهق الغلام والجارية يقال راهق اي قرب
وصبي مراهق اي دان للحلم واشكل امره في البلوغ لم يعلم ذلك منه فقال قد بلغت فالقول قوله قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ
اثني عشر سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار الى ذلك بقوله فادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشر سنة
وفي حق الجارية تسع سنين **باب الحجر بسبب الدين** الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان
بمنزلة المركب فلا جرم اخره وينبغي للقاضي ان يشهد انه حجر عليه في ماله احيانا لما لعله التجاحد ان وقع وان يتبين ان الحجر كان بسبب
الدين لانه مختص بالمال الموجود له في الحال دون ما يحدث له بالكسب او غيره حتى يعلم انه لو تصرف في الحادث نفذ وان يتبين من يحجر لاجله
باسمه لانه ينتفع بابراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته وابو حنيفة لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال
فلا يترك الاعلى للادنى فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى ان لو كانا في شخص
واحد فالجواب ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن على ما اندفع به ضرر الدائن
واهدار الاهلية اعلى من حبس فيكون اعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه
تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا للظلم وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر
عليه ومنعه التصرفات وكلامه ظاهر ومعنى قوله باقل من ثمن المثل ان يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة مر وهو لانه احتمال
مرجوح فلا يهدر به اهلية الانسان ويرتكب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض
والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب والعنة فان التفريق هناك متعين لانه لما لم
يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه

ماذا اصلح ماله

فى التفريق قوله والحبس لقضاء الدين جواب عن قولهما حتى يحبس وفيه السين لاجله اى لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطرق الذى ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه قوله كيف اى كيف صح البيع ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلم يكن مشروعا لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع قوله وهذا عند ابى حنيفة رح وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضى على المديون فى العروض فكان ينبغى ان لا يجوز فى النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف قوله عملا باتحادهما قيل لم لم يعكس حيث لم يجعل للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية القاضى اعم واقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره ليثبت للقاضى مع قوته وقوله باع فى الدين النقود حاصله ان القاضى نصب ناظرا فينبغى ان ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له وقوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الدين يعنى اذا استهلك مال الغير فى حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الدين فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار لان سببه محتمل وقوله وان لم يكن له اى لا يخرجه تحرزا عن هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين الا يرى انه لو توجه الهلاك اليه بالمخمصة كان له ان يدفعه بمال الغير فكيف يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن ابى يوسف رح انه لا يخرجه من السجن فى هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه فى الحبس وغيره سواء وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب فى السجن لان فيه نظرا للجانبين لجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شئ يصرفه الى دينه وقوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس اى لا يمنعهم من ان يدوروا معه اينما دار يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى ووجه التمسك ان الحديث مطلق فى حق الزمان فيتناول الزمان الذى يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقوله يقسم بينهم بالحصص اى يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا اذا اخذوا فضل كسبه بغير اختياره او اخذه القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره واما المديون فى حال صحته لو آثر احد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك فى فتاوى النسفى فقال رجل عليه الف درهم لثلثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بديونهم فى مجلس القضاء كيف يقسم امواله بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضى ديونه بنفسه له ان يقدم البعض على البعض فى القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه تصرف فى خالص ملكه لم يتعلق به حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضى فالقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضى ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله بينة اليسار ترجح اليسار اسم للايسار من اليسر اى استغنى والاعسار مصدر اعسر اى افتقر وفى بعض النسخ على بينة العسار يعنى الاعسار وقال فى المغرب هو خطأ وقوله لانهما اكثر اثباتا لان بينة الاعسار تؤكد ما دل عليه غيره اذ الاصل هو العسرة فصار كبينة ذى اليد فى مقابلة بينة الخارج وقوله فى الملازمة لا يمنعونه آه تفسير للملازمة ولا يجلسه فى موضع لانه حبس وهو ليس بمستحق عليه وعن محمد انه قال للمدعى ان يجلسه فى مسجد حيه او فى بيته لانه ربما يطوف فى الاسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعى ولو دخل داره لحاجته كغداء او غائط لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خلوة وعن هذا قيل اذا اعطاه الغداء واعد له موضعا لاجل الغائط له ان يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب وقوله لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ فى حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشد عليه الا اذا علم القاضى انه يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فح يحبسه دفعا

للضرر

للضرر عنه وفى معناه منعه عن الاكتساب بقدر قوة يومه ولعياله والدائن الرجل لا يلازم المديونة لاستلزامه الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امينة يلازمها **قال** فان افلس وعنده متاع لرجل بعينه اذا اشترى متاعا من رجل فافلس والمتاع باق فى يده فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعى يحجر القاضى بطلب البائع على المشترى حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره وللبائع خيار الفسخ لانه عجز المشترى عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فى سد ذلك لان الثمن دين فى الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله وصار كالسلم يعنى لا نم ان كونه دينا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعذر قبضه بانقطاعه عن ايدى الناس كان لرب السلم حق الفسخ ولنا ان الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد وانما المستحق به وصف فى الذمة اعنى الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذا لم يستحق على البائع شرط من شروط عقده فصار كما كان المشترى مليئا وتوضيح ذلك ان موجب العقد ملك الثمن وهو ملك به دينا فى الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين المفلس والملى فان قيل هذا استدلال فى مقابلة ما روى ابو هريرة رض ان النبى عم قال ايما رجل افلس فادرك رجل وفى رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو احق به والاستدلال فى مقابلة النص فاسد فالجواب انه معارض بما روى الخصاف باسناده ان النبى عم قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو اسوة غرمائه فيه وتأويل حديث ابى هريرة رض ان المشترى كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لزم ان لا ينفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين فى الذمة وهى باقية كما كانت قبل الكساد واجيب بانا لا نم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هى ثمن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المكاتب عن اداء البدل فان موجب العقد لم يتغير وللمولى ان يفسخ لان موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله ويقبض العين جواب عما يقال لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب ان لا يبرأ ذمة المديون بدفع المنقودة وتقريره ان قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت فى الذمة غير متصور و جعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث انه ثبت لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وصف فيتقاصان قصاصا هذا هو الحقيقة فى قضاء الدين فيجب اعتبارها ما لم يتعذر وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فانه لا يمكن تحقيق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله عم لا تأخذ الا سلمك او راس مالك فيجب ان يجعل العين المقبوض فى مقابلة ما فى الذمة عينه وكان العجز عنه عجزا عما اوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ

كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضى سبق الحجر وهو فى اللغة عبارة عن الاعلام وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا فان المولى اذا اذن لعبده فى التجارة اسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف فى مال المولى قبل اذنه والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقى اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى حجر عنه فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه فقوله واسقاط الحق آه كالتفسير لقوله فك الحجر وقوله عندنا اشارة الى خلاف الشافعى رح فان الاذن عنده توكيل وانابة وصحح المص كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت فانه لما كان تصرفه بحكم مالكيته الاصلية وانها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت دل على انه اسقاط لحق المولى اذ لو

لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة يعنى ليس فى الذمة وهو ليس بمستحق بالعقد صح

اذ الاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال
عليه فالجواب من وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان
حكم الشرع هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصح كونه متصرفا باهليته بقوله ولهذا
لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء
متصرف لنفسه لا للمولى لانه متصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا حق للمولى
ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفه قبل الاذن ايضا
لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد غير مفيد فلا يتقيد
فان قيل المأذون عدم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية
انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير
فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود
واجيب بان الرق لما كان باقيا كان للمولى الحجر بعده امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لا ان الساقط يعود ثم الاذن كما يثبت
صريحا يثبت دلالة كما اذا رأى عبده يبيع من ماله شيئا ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو رواية عن
الضرورة وقد عرفت في الاصول قال لان السكوت يحتمل الرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل
لا يكون حجة ولنا انا جعلنا سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس يعاملون العبد حين علموا سكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي
الى حقوق يدعون عليه واذا لم يكن مأذونا يتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين
بتأخير حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه
راض به والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره و
كذا اذا رأى اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا
رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال
فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غير ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا
بالنظر الى ضرر موهوم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل
ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى دينه من محل آخر فكان في ذلك الضرر محقق لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن
الثمن فرجح ضرر المرتهن بحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك
المرتهن عن اليد بات فكان اقوى واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين
نافلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة لان
النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك للمولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه
بغير رضاه فكان موقوفا وامكن فسخه فلا يتضرر به احد قيل وفيه نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى
واجازته وانما هو في ان سكوته اجازة او لا ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا
ثم لا فرق ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيما قدمه

فتقرر

فيتقرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه
المذكورة اعني ان يبيع عينا مملوكا للمولى الى آخره قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذا قال المولى لعبده اذنت لك في التجارة
ولم يقيده بشيء كان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لان التجارة
اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع انواع الاعيان لانه اي بيع الاعيان اصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالاعيان
الحقت بها ولو باع بغبن يسير جاز بالاتفاق لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما قالا البيع بالغبن
الفاحش خلاف المقصود اذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث
وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولابي حنيفة رحمه الله ان البيع بالغبن الفاحش تجارة فيملكه الحر فيملكه العبد المأذون
لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على
انه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث وابو حنيفة رحمه الله سوى ههنا
بين البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل
في الشراء متهما في انه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب اراد ان يلزم الآمر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لانه لا
يرجع بما يلحقه من العهدة على احد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبي اذا اذن له ابوه في التجارة
يجوز ان يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله ولو حابى المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع
المال اذا لم يكن عليه دين فينفذ وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي يعني يؤدي دينه اولا فما بقي بعد قضاء
الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لا يقال المولى وارث لانه رضي بالاذن
بسقوط حقه ولهذا لو اسقط الوارث حقه في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل وان كان الدين محيطا بماله بطل المحاباة
فيقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر يعني اذا حابا في مرض موته وللمأذون ان يجعل نفسه رب السلم
والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه فجاز الاستعانة بغيره وله ان يرهن
ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء وهما من توابع التجارة ويملك ان يتقبل الارض اي يستأجرها ويستأجر الاجراء والبيوت لان
ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج
وذلك انفع من الاستيجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستيجار بالدراهم وان كان البذر من قبل
صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو آجر نفسه بالدراهم جاز كما سيجيء فكذا هذا وله ان يشتري
طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال م الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة
مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة لا يدخل تحت الاذن فلو فعلا ذلك كانت عنانا وزيادة وصحت بقدر ما يملكه
المأذون وهو الوكالة ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يوجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
في احد قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه تابعا عن مولاه في التصرف في كسبه الا ترى انه لا يملك بيع نفسه لانه رهنها بدلت
عليه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب لم يدفع اليه مالا وهو رأس مال
المأذون له يملك التصرف فيه ضرورة فالمأذون له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع
الهبة والرهن او من حيث منافعها لا جائز ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه ماذون له الا للربح

والكفالة صح

فلو جوّزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف بط فتعين ان يكون من جنس
المنافع وهو المقصود قال فان اذن له في نوع منها دون غيره قد تقدم ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند
زفر والشافعي انه توكيل وانابة وعلى ذلك ينبني هذه المسئلة وهي انه اذا اذن في نوع من التجارة كالبز مثلا دون
غيره كان ماذونا له في جميع انواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع
قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له اي للمولى دون العبد ولهذا
يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه به كالمضارب اذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البز مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط
الحق وفك الحجر على ما بينا في اول كتاب المأذون وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع لكون
التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن
للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح
تصرف مملوك للمولى للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا
جاز ان يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى من
الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البز دون الخز اجيب بان ذلك ضرر
غير محقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي ح يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل
انه يتصرف باهليته ومالكيته فليس السؤال واردا قوله بخلاف الوكيل يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب
وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله وحكم التصرف جواب بقوله ويثبت الحكم للمولى وهو
ممانعة بالسند اي لا نسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة
بغير اذن المولى وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وموضعه اصول الفقه قال واذا اذن له في شيء بعينه اذا اذن المولى بشيء
بعينه مثل ان يقول اشتر هذا الثوب بعينه وثوبا للكسوة او طعاما رزقا للاهل لم يكن ماذونا وهذا يفيد ان التخصيص قد
يكون مفيدا اذا كان المراد به الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى ان من امر عبده بشراء بقل بفلس
كان ماذونا يصح اقراره بديون تستغرق رقبته ويؤخذ بها في الحال فلا يستجرئ احد على استخدام عبده فيما اشتد اليه حاجته لان
غالب استعمال العبيد في شراء الاشياء الحقيرة من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو انه ان اذن بتصرف مكرر
صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب واشتر بثمنه او دلالة كما اذا قال اد الي الغلة كل شهر او اد الي
الفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالتكسب فهو دلالة التكرار او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء
ما لا بد لها منه دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام اهله او كسوتهم
لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وامر مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب انه امر بالعقد
المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب بط لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق
وكلام المص يشير الى ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول اذن دون الثاني فتامل قال واقرار الماذون
له بالديون والغصوب جائز اقرار الماذون له جائز بالديون والغصوب والودائع لان الاقرار بها من توابع التجارة اما
بالديون والودائع فظ فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون دينا او يقبض فيودع عنده واما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك

عند

عند اداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء
التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين
او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه تقدم دين الصحة كما في الحر والجامع تعلق حق الغرماء بما في ايديهما من المال في
الكسب بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة كما لو اقر انه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فافتضها فانه لم ‏ ازال بكارتها
يصدق فيه لانه كالمحجور في حقه وكذا لو اقر بجناية على حر او عبد او بمهر وجب عليه بنكاح صحيح او فاسد او شبهة فاقراره بط ولا
يؤخذ به حتى يعتق لان فك الحجر انما ظهر في حق التجارة وما ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس
للماذون ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا ان يزوج مماليكه لذلك وجوز ابو يوسف تزويج الاماء لانه تحصيل المال وهو المقصود بالاذن
فكان كالاجارة وقالا الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمناه ان الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقا بل على وجه
يكون من صنيع التجار وانكاح الامة ليس من ذلك وقوله ولهذا لا يملك تزويج العبد توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال
بالكلية بل فيه تعييب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة قوله وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان
والاب والوصي يعني ان هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف قال في النهاية في هذه الرواية
نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما ان يزوجا امة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هناك في
رقيق الصغير بمنزلة المكاتب في المكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادة المهر قال وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة
الروايات من رواية المبسوط والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على ان في المسئلة روايتين
قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة ولا يجوز للماذون ان يكاتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة لان التجارة مبادلة المال
بالمال والبدل وان كان مالا لكنه مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان هذا عقد له
مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فيكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قاله لان المولى قد ملكه لان
كسب العبد الماذون خالص ملك المولى لان فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نائبا عن المولى ويرجع الحقوق
وهي مطالبة بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا فكان
قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته وللقائل ان يقول الوكيل سواء كان سفيرا او لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى الاجازة وههنا
ليس كذلك ويمكن ان يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب وانما قال ولا دين عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان او كثيرا
بطلت كتابته وان اجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل
الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فالاعتاق اولى وهذا اذا لم يجز المولى فان اجاز
ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن ضمن
قيمة العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز وضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤديه كسب حر ولا حق
لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى في حال الرق فتعلق به حقهم ولا يقرض ولا يهب بعوض او بغير عوض ولا يتصدق لان
كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة
وقوله من الطعام يشير الى ان اهداء غير المأكولات لا يجوز اصلا والاهداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة والضيافة اليسيرة معتبرة
بمال التجارة قال محمد بن سلمة رح ان كان مال التجارة مثلا عشرة آلاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال التجارة عشرة

ثلاثا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالماكول كالضيافة به والقياس ان لا يصح شيء من ذلك لانه تبرع
لكن تركناه في اليسير لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين والمجاهز هو الغني من التجار وكان تاريد المجهز
وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فحرف الى المجاهز كذا في المغرب باقي كلامه ظ قال وديونه
متعلقة برقبته اذا وجبت يعني ديون على الماذون بالتجارة او بما هو في معناها فان كان له كسب بيع بدينه بالاجماع وان لم يكن
له كسب تعلقت برقبته تباع للغرماء الا ان يفديه المولى م قال زفر والشافعي رح لا تباع لان غرض المولى من الاذن تحصيل مال
له لم يكن حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك اي غرض المولى حاصل في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل
للمولى و قوله لا بالرقبة معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته تباع فيه فهذا كذلك اجاب بقوله بخلاف دين
الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك وليس الكلام في
ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن ولنا ان هذا دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى بالاذن وهذا ظ وكل
دين ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس قوله وهذا اشارة
الى دفع الضرر وبيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته و
اذا كان داخلا تحته كان لازما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان ضررا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوى حقوق الناس
ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى و قوله وتعلق الدين برقبته استيفاء جواب عن قولهما ان غرض المولى من
الاذن تحصيل مال الخ وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان حاملا على المعاملة فيكثر المعاملة
معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى فان
قيل لا يصلح ان يكون غرضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وفيه
اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا او كان و ليس فيه وفاء بها لم يكن
دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى
رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد ان اختاره المولى ويكون المبيع جابرا لما فات من العبد ولا ظ ان الدين
لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح لانه لا دليل على ظهور ذلك على انه مخصوص بما اذا
قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون
الا بمقابلة حصول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة ولا ظ
انه يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لان الشراء بغبن يسير مع ان مضمون هذا الكلام ان المولى كانه اشترى الديون التي على العبد بالعبد
ولو لم يكن مساويا لقيمته كان ذلك شراء بغبن وهو نادر وتحقيقه انها لو لم يكن مساوية لاختار اداء الديون دون بيع العبد والجواب
الاول على مذهبهما وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد الماذون
المديون عندهما كما سيجي و قوله ويتعلق بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه يتعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه
لا تنافي بينهما غير انه يبدا بالكسب في الاستيفاء نظرا للجانبين وعند عدمه يستوفي من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم و قوله الا ان
يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد
هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل

ما وجب

ما وجب البيع على قول ابي حنيفة رح وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغرماء مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك
ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضاء الغرماء وحجر المحجور غير متصور
وهو كالتركة المستغرقة بالدين في جواز بيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لم يعد حجرا لكونهم محجورين
عن بيعها قبل ذلك بغير رضاء الغرماء قوله وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري ومعناه ظ قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص
اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن
وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون
العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والذي
ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه و لا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في دين
ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء او دفعا للضرر عن المشتري لانه لم ياذن له
في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك لتضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الاذن فانه لا يباع
عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات قوله ويتعلق دينه بكسبه بيان الكسب
الذي يبدا به والذي لا يبدا به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى منه يتعلق به الدين سواء كان حصل قبل لحوق الدين او بعد
ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع ولم يتعلق بما
انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول شرط الخلوص له وهو خلوصه من العبد عن الدين حال اخذ المولى ذلك و للمولى ان
ياخذ غلة مثله والغلة كل ما يحصل من ريع ارض او كرائها او اجرة غلام او نحو ذلك ومعناه له ان ياخذ الضريبة التي
ضربها عليه في كل شهر بعد ما لزمه الديون كما كان ياخذه قبل الديون والقياس ان لا ياخذ اصلا وان اخذ شيئا رده لانه
اخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقبل بسلامته المقرر قبله للمولى لان في اخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه
على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب واما الزيادة على ذلك فلا ياخذها لعدم
الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى للعبد اما ان
يكون شائعا او لا فان كان الاول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولاكثر اهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تاخر حقهم
الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه المولى وان لحقه دين اقام البينة انه كان قد
حجر عليه فيتاخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك اي تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على
اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين خالصا له بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل اذا لم يعلم
بالعزل و لو حجر في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان فكذلك وما بايعه جائز وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن
لا يتجزى الا ترى انه لا يتجزى ابتداء فكذا بقاء و لو حجر في بيته بحضرة من اهل سوقه انحجر لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام
ذلك مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام و ان كان الثاني بان لم يعلم بالاذن
الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والاضرار قال و لو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب فقد تقدم ان التصرف
اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام بقاء الاهلية حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اذا مات المولى او
جن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه او لحق بدار الحرب انحجر الماذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة و حكما

باخذه قبل ذلك وما زاد على ذلك امر
ربعه كان للغرماء ولا ياخذه اكثر مما
صح

لان اللحاق موت حكمى ولهذا يقسم ماله بين ورثته واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعى يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافى
ابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الآبق فى التجارة وعلم به العبد كان ماذونا فلان لا ينافى بقاءه اولى لان البقاء
اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان المولى لو اذن لعبده المغصوب الذى يمكن للمالك اخذه بان يكون له بينة او يكون الغاصب
مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافى الاذن فكذا كونه آبقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن
من تقضية دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا به انما لم يكن مانعا فى الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة ولا
معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق هل يعود الاذن
لم يذكره محمد والصحيح انه لا يعود واستيلاد الماذون لها حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه وقال زفر ليس بحجر اعتبارا بالابتداء
فان المولى لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس ثم استحسن العلماء حجرها لان العادة جرت فى
الظاهر ان الانسان يحصن ام ولده ولا يرضى بخروجها واختلاطها بالناس فى المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها
عند التصريح بخلافه فى الابتداء ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى
حقهم قوله واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها معناه ظ وانما قيد بكونها اكثر ليظهر الفائدة فى ان المولى يضمن قيمتها
دون الزيادة عليها وقوله ولا منافاة بين حكميهما اى حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق
كان لا يؤثر فى كان الحجر لا يؤثر فى الحجر عليه قال واذا حجر على الماذون له فاقراره جائز اذا حجر على العبد الماذون له
فاقر بما فى يده من المال الغير مولاه فهو جائز عند ابى حنيفة رح وقال المص ومعناه ان يقر بما فى يده انه امانة لغيره وانما فسر بذلك لان
مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصوب فبين ان المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقضى بما فى يده ثم له
وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد فلا شىء منهما بموجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر
واما اليد فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بانا لا نم ان يده غير معتبرة فانه لو استودع وديعة ثم
غاب ليس لمولاه اخذها والمسئلة فى المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب القته الريح فى حجر رجل وكان حضور
العبد وغيبته سواء واجيب بان ذلك انما هو اذا لم يعلم المودع ان الوديعة كسب العبد اما اذا علم ذلك فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه
ولم يعلم بانه كسب العبد قوله وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره بيان لابطال الحجر يده بمسائل متفق عليها فان المولى
اذا انتزع ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره فى حق الرقبة بعد
الحجر حتى لا يباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابى حنيفة رح ان المصحح لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى
من يده لزوال المصحح واليد باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظ لان الكلام فى الاقرار بما فى يده واما حكما فلان شرط بطلانها
بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها ولقائل ان يقول الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او عند صحته والاول ممنوع
والثانى مسلم ولكن صحة هذا الاقرار فى حيز النزاع فلا يصح اخذه فى الدليل والجواب ان مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على
الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققها لصح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار اجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما اما حقيقة
فلان الكلام فيما انتزعه من يده واما حكما فلان النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا يبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس فى يده صادقا وهو
بط والمص ذكر قوله بخلاف ما انتزعه المولى الخ اجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظ وقوله على ما عرف اشارة الى الحديث
برمته وقوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك يعنى به الاذن فانه ثبت للعبد بحكم انه ملك المولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا

لم يكن خصما توضيح لتبدل العبد فان العبد اذا باشر شيئا لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والرد بعيب فى غيره بعد كعبد آخر
لم يباشره ولولا تبدله لكان خصما الصدور المباشرة عنه حقيقة قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده اذا لزمته ديون فلا يخ اما ان تحيط
بماله ورقبته او لا تحيط بشىء من ذلك او احاط بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن العبد فاشترى عبدا يساوى الفا والماذون
ايضا يساوى الفا وعليه الفا درهم والثانى ان يكون عليه خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم ففى الاول لم يملك
المولى ما فى يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق عند ابى حنيفة رح وقالا يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك فى كسبه
وهو ملك الرقبة قد وجد فان ملك الاصل علة لملك الفرع ولهذا يملك اعتاقها يعنى الرقبة ووطى الامة الماذون لها وهذا اى
المذكور من ملك الاعتاق وحل الوطى آية كمال ملك الرقبة فكان سبب الملك فى الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ فيه اعتاقه
فان قيل سلمنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة الدين فانها تمنع عن ذلك كما فى التركة اذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق
الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث بايصال ماله الى اقرب الناس اليه ولهذا تقدم الاقرب فالاقرب
ولا نظر للمورث فى ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر فى ضده اى فى منع ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الديون لانه فرض
عليه والميراث صلة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات الملك ولا عتق فى غير الملك اما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد ليراعى
ذلك بعدم العتق حتى يقضى دينه واذا نفذ العتق عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ولابى حنيفة رح ان ملك المولى انما يثبت
خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث ما قرره يعنى فى مسئلة تعلق الدين بكسبه المال الذى احاط به الدين مشغول
بها فلا يخلفه فيه يعنى كما ان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث فى الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك
المولى لان الخلافة فى الموضعين لانعدام اهلية الملك فى المال فالميت ليس باهل للمالكية كالرقيق لان المالكية عبارة عن القدرة
والموت والرق ينافيان ذلك بل ينافيانها لموت ظاهر والميت جعل كالمالك حكما لقيام حاجته الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق واذا
عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله وفى
الثانى يملك المولى كسبه ينفذ عتقه فى قولهم جميعا اما عندهما فظ وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل
مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنعه واما
الثالث فلم يذكره فى الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز قال وان باع من المولى شيئا بمثل
قيمته جاز اى اذا باع العبد المديون الذى لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين
ويعلم انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس باجنبى وان باع منه بنقصان لم يجز مطلقا اى سواء كان كثيرا او قليلا لانه متهم فى
حق مولاه بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبى بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد يكون موجودا
اجيب بانه موهوم حيث لم ينشأ عن دليل قوله بخلاف ما اذا باع المريض مروى بالواو وبغيره قال فى النهاية وهذا الخلاف يتعلق
باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو فى قوله وبخلاف ليس بصحيح لانه معطوف
بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف
ما اذا حابى الاجنبى اى انه يجوز فى كل حال يعنى اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من
وارثه لا يجوز عند ابى حنيفة رح فى كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو وتاباه قلت فى ذلك اوجه من حيث اللفظ
بالعرب وفى المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبى جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل

القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو وجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا
وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل
قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة يتعلق بعينه اي عين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما
حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا بعينه فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك
يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة بايصال
الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصها بهذا الحكم اختيار من المص لقول بعض المشايخ قيل والصحيح انه قول
الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد في تصرفه مع
مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي قوله وعلى المذهبين اي مذهب ابي حنيفة رح ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم
والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير فان على مذهب ابي حنيفة رح اذا باع من مولاه بنقصان يسير او كثير لا يجوز
فلا تخيير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى قوله ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير ان الامتناع عن البيع بالنقصان لدفع
الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة
اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة لان البيع باليسير منهما اي من المولى والاجنبي متردد بين التبرع والبيع اما
التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة واما البيع فلدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة
غير تبرع في حق الاجنبي لعدمها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا لان المحاباة من العبد
الماذون له لا يجوز على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان فيه ضررا
للغرماء فيزال بازالة المحاباة وهذان الفرقان بلفظ التثنية وفي بعض النسخ هذا الفرقان قال في النهاية ولكن الاول
اصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالفرقين الفرق بين المولى والاجنبي في حق
المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الاجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي اصلا
ويجوز مع المولى ويؤمر بالازالة واما ابو حنيفة رح على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا
من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والاجنبي في جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه
في صدر الكلام قال وان باعه المولى شيئا كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه اي الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرير دليله
لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس يسقط
بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب
على عبده حتى لو اتلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه
بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه في يد غيره كما لو اودع عند عبده شيئا او غصبه منه وان امسك المولى المبيع في يده
حتى يستوفي الثمن جاز لانه بائع وللبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو اخص به من الغرماء فان قيل على هذا التقدير يستوجب
دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم آنفا اجاب بقوله وجاز ان يكون للمولى حق في الدين
اذا تعلق بالعين يعني يجوز ان يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه
بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم مزيل للعين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوفي

الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين ولو باعه باكثر من قيمته جاز ولكنه يخير
بين ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد سواء كانت يسيرة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال في
النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط واما على رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز
عند ابي حنيفة رح اصلا كما ذكر في جانب العبد واذا اعتق المولى عبده الماذون له وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او الغصب وجحود
الوديعة واتلاف المال فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلها او اكثر منها
علم بالدين او لم يعلم به لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب
ازيد من مقدار ما اتلفه فيبقى الباقي عليه كما كان ويطالبه بعد العتق وان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان
حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر على ما ذكر وهو واضح فان باعه المولى وعليه ديون يحيط برقبته وقبضه المشتري
وغيبه معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا
المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم وقد اتلفاه اما البائع فبالبيع والتسليم و
اما المشتري فبالقبض والتغييب فيخير الغرماء في التضمين وانما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب
ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما مر وذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء
وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاذن ولو كان البيع باذنهم
لم يكن هناك ضمان فكذا اذا اجازوا وكذا اذا كان الثمن وفي بديونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجي
وكذا اذا كان الديون على الماذون مؤجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق
المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله
كما في المرهون يعني ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم اجازه المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن
في الابتداء فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد
بينهما فعاد الى الحال الاولى وهو ظ ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب
عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات
بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين اذا قال المولى هذا العبد
الذي ابيعه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازما فذلك لا يوجب اللزوم
في حق الغرماء فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته به وكلمة به محذوفة في
المتن وفي كل منهما فائدة فالاول يعني الاستسعاء تام مؤخر والثاني ناقص ان لم يف بديونهم معجل والبيع يفوت هذه
الخيرة فلهذا كان لهم ان يردوه قال المشايخ تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه
لوصول حقهم اليه قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل
اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم
حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن رضوا به
سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله وان

فيه ان العتق حاصل لا القيمة
وجب بعد حصول العتق فلا يجوز
القول انه يطالب بعد العتق
ح

ناقص متعجل فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء
فبالا هذا لا يكون مختارا لقضاء الديون من ماله اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع لكونه
بدليل بقاء الواجب عليه واما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد
العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول انا اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر
لان قوله انا اقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب ان العدة ادنى الاحتمالين فيثبت به الا ان يقوم الدليل
على خلافه فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري اذا انكر الدين عند ابي ح وم وانما قيد بالانكار
لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وقال ابو يوسف المشتري خصم
ويقضى لهم بدينهم لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما في يده ولهما ان يجعل خصما لا دعى عليه والدعوى
يتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال فخر الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى
رجل دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا
له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسئلة **قال** ومن قدم مصرا رجل قدم مصرا وقال انا عبد لفلان
فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر انه ماذون له فاخباره دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل على اذنه
وهو استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما خبر انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني اخباره انه
ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه ليس بحجة ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب في قوله كيلا يضيق
الامر على الناس توضيحه ان الناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول
الواحد في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف وانه ماذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق
ما لا يخفى وقوله الا انه استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه انه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه
لا يقبل في الرقبة لان بيعها ليس من لوازم الاذن في التجارة الا يرى انه اذا اذن للمدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان
فيه فكانت خالص حق المولى فجاز ان يكون ماذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن
في التجارة وهو حق العبد على ابينا يريد به قوله في وسط كتاب الماذون ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما
يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فان حضر مولاه فقال هو ماذون له بيع في الدين لظهوره في حق المولى وان قال
هو محجور فالقول قوله وعلى الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه الاعتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود
المولى الا بالبينة **فصل** لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة بين احكام اذن الصبي الا انه قدم الاول لكثرته ووقوعه
ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد الماذون في نفوذ
تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك في العبد وقال
الشافعي لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه لنفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعلول لا محالة بخلاف
حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضيا بتصرفه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي
التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون وليا للمنافاة لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه وليا سمة القدرة وصار كالطلاق
والعتاق لا يصحان منه وان اذن له الولي بخلاف الصوم النفل والصلوة النافلة لانهما لا يقامان بالولي فيصحان منه قوله

وكذا

وكذا الوصية على اصلي يعني قلت بصحتها كصحتها اذا كانت في ابواب الخير واصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه
بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة وقد تحققت فيجب تنفيذها
اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب
تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلان الله تعالى احل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل
مميز يعلم ان البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية بهذا التصرف بكونه كذلك واما انه
في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من
اذن له الا يرى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية
شرعية واذا اذن الولي بذلك قوله والصبا سبب الحجر جواب عن قوله لان حجره لصباه وتقريره انا لا نسلم ان حجر الصبي لذاته
بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا اذن له الولي زال
ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم يكن هاديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما لو اذن للعبد المولى وقوله
وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا وتقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك الامر
للنظر فان الصبي من اسباب الرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين اي بمباشرة
وليه له وبمباشرة نفسه فكان من رحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية
الى غيرها فيبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق
وحاصل ذلك ان تصرفات الصبي على ثلثة اقسام نافع محض وضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة
يؤهل له قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤهل له اصلا والثالث كالبيع والشراء بعد الاذن لان
نقصان رأيه ينجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا فانه احد
المحتملين وصحة التصرف في نفسه لصدوره من اهله في محله فان قيل اذا باع شيئا باضعاف قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة
فيجب نفوذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقا وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب
والجد عند عدمه وليس المراد بذلك ترتيبا لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيب وليه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد ابو الاب
ثم وصيه ثم القاضي او وصيه ثم الولي بخلاف صاحب الشرط يريد به امير البلدة كامير بخارا فكان الولي اكبر منه لان له
ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط وقوله والشرط ان يعقل قد تقدم ذكره وقوله والتشبيه بالعبد الماذون له آخره كذا
لكن يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد الماذون المديون بدين محيط بماله دون الولي
واجيب بان ذلك من انحجار المولى وعدم انحجار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وما بين الصبي لكونه حرا يتعلق
بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه فالمولى اجنبي منه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اقراره
بعد الاذن بما هو كسبه عينا كان او دينا بالولاية وبغيره لانفكاك الحجر عنه فكان كالبالغ واورد بان الولاية المستفادة
فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف افاده ذلك باذنه والجواب انه افاده من حيث كونه من
توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها وكذا بموروثه في ظاهر الرواية احتراز عن رواية الحسن عن ابي ح
انه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي

يؤهل له

في المغرب الشرطة بالسكون والحركة
خيار الجند واول كتيبة تحضر الحرب
والجمع شرط وصاحب الشرط يراد
به امير البلدة كامير بخارا مغرب

معدومة في الموهوب وجه الظاهر ان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغين ولهذا نفذ ابو ح رح بعد الاذن تصرفه بالغبن
الفاحش كالبالغين فكان الموهوب والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ملكا له ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي
تزويج امته خلاف ابي يو ولا كتابته وان كان الولي والوصي يملكانها لان الاذن تجارة وليسا كان من صنيع التجار والكتابة
ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون
غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على ذلك المعتوه على ما بيناه يعني قوله وذكر الولي
ينتظم الاب والجد الخ وحكمه حكم الصبي اذا بلغ معتوها فاما اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب في التجارة قال ابو بكر البلخي
لا يصح قياسا وهو قول ابي يو ويصح استحسانا وهو قول محمد **كتاب الغصب** ايراد الغصب بعد الاذن
في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة مآلا حتى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح
بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب
ما دام قائما بعينه في يد الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف
فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه
والغصب ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة سواء كان متقوما او
غيره يقال غصبني وجه فلان وغصب فلان وفي الشرع عبارة عن اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقوله اخذ
مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل
يده اي يد المالك لبيان ان ازالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا وعند الش فهو اثبات يد العدوان عليه وثمرة
الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة
لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لان البسط فعل المالك فلا
يكون الغاصب مزيلا ليده مع بقاء اثر فعله ثم ان كان الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب منه فحكمه الاثم والمغرم وان كان بدونه
فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع **قال** ومن غصب شيئا له مثل اي المغصوب اما ان يكون
قائما في يد الغاصب او لا والاول سيجيء والثاني اما ان يكون له مثل اي يكون مما يضمن بمثله من جنسه او لا فان كان الاول فعليه مثله
وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان
الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الربويات فكان
ادفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام ان يتدارك بما هو مثل له صورة ومعنى فان انقطع
عن ايدي الناس فان لم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي ح رح وقال ابو يو يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع
لابي يو انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب الذي هو الموجب ولمحمد الخ كلامه فيه واضح قيل انما قدم
قول ابي يو ليثبت الاقوال بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان قول الاول في يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة
وايراد الاقوال على هذه الازمنة لم يتأت الا بتقديم قول ابي يو وان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال المص معناه اي معنى
قوله لا مثل له العدديات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو

الله تع وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها
دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب كالجوز والبيض فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت قيل وانما
اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان من الموزون ما ليس بمثلي وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطست
وليس بواضح لان من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له فيضمن القيمة وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين
ولو رجحان تقديم هذا القسم كان انسب فاما لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد اي على صاحب اليد عين ما اخذت اليد حتى
ترد وقال عم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه وهو واضح وفي رواية الفائق والمصابيح
بغير حرف العطف وحرف النفي ومعناه ان لا يريد باخذه سرقة ولكن ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب من مذهب السرقة
جاد في ادخال الاذى عليه وقاصد للعب وهو يريد ان يحزنه ذلك ليغيظه ولان اليد حق مقصود بدليل جواز اذن العبد
في التجارة فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم ان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد
اليه وهو الموجب اي رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية
وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام فمنها ما اذا ابرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين
فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء
عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع ان الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكوة فان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه و
قد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكوة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب قيل والصحيح هو الاول لان
موجب الاصل لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة
على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسألة الابراء ان هو بعرضية ان يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان
الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والانوار وعن مسألة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها
صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسألة الزكوة ما ذكرناه في الابراء ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه
لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ومقدار ذلك مفوض الى رأي
الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي وحبسه الحاكم مدة ولم يظهرها قضى عليه ببدلها بما اتفقا عليه من
القيمة او اقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر
فلا يقبل قوله وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير ان الغاصب اذا غصب المغصوب فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تلوم فما
وجهه قيل في المسألة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل **قال** والغصب فيما
ينقل ويحول الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله اصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل
التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر لان الغصب
بحقيقته يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل ولا نقل في العقار والغصب يبتني على الازالة لا يتحقق واذا
غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي ح وابي يو وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يو الاول والشافعي لتحقق
اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين من جنس واحد على محل واحد
في حالة واحدة وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستاجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان

فيتحقق الوصفان يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب هو الغصب اي تحقق الوصفين هو الغصب على ما بينا فصار
كالمنقول في تحقق الوصفين مع جحود الوديعة في العقار فانه اذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول
بالضمان في هذه الصورة وقد بينا ان جحود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجحود تناقض ظ وكان التكلف باثبات
ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام فانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم ولابي ح وابي س ان الغصب اثبات اليد
بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي اخراج
المالك عنها اي عن العقار يعني الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فاشبه ازالة اليد والكل تنتفي
بانتفاء جزئه فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب
ومسئلة الجحود ممنوعة ذكره في المختلفات ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر في المبسوط والاصح ان يقول
جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي ح وابي س ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم
وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما
على قول محمد والشافعي فظ واما على قول ابي ح وابي س فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال
المص ويدخل فيما قاله يعني القدوري اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك
وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية
فلا ضمان عليه عند ابي ح وابي س ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار على انها ملكه فهو على الاختلاف
في الغصب لا يضمن البائع للمالك شيئا عند ابي ح وابي س لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافا
لمحمد وقيد بقوله ولا بينة له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري بط فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب واما اذا كان
له بينة امكنه ان يقيمها على ان الدار ملكه ويأخذها عن المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان يكون
احترازا عن قول بعضهم بان في مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهدا بدار لانسان وقضى
له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما اجيب بان مسئلة
الشهادة على قول محمد على تقدير ان يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما
حتى لو اقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف واما في مسئلتنا فالاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم
بل بعجز المالك عن اثبات ملكه ببينته الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه قضي له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا وان نقصت
بالزراعة يغرم النقصان ويعرف النقصان بان ينظر بكم كان يستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم يستأجر بعد استعمالها
فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وذكر الخلاف
النسخ وبين المراد واستدل بقوله لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب عند العجز عن رده تجب القيمة يعني على راي
من يرى ان الموجب الاصلي في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا وسقوط اي القيمة بذلك السبب يعني على راي من يرى ان الاصل
هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقرر القيمة عليه كما كانت عند الغصب ولهذا اي ولكون الغصب السابق هو السبب تعتبر
قيمته يوم الغصب ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله او بفعل غيره وان نقص المغصوب في يد الغاصب ولم ينجبر نقصانه بوجه آخر
ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان كان جارية فاعورت او ناهدة الثديين فانكسر ثديها او في غير بدنه مثل ان كان

عبدا محترفا فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه بالغصب وقد فات منه جزء فيتعذر رد عينه وما تعذر رد عينه يجب
رد قيمته واما اذا انجبر نقصانه مثل ان ولدت المغصوبة عند الغاصب فردهما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن
الغاصب شيئا عندنا خلافا لزفر فان كان النقصان بتراجع السعر فلا يخ اما ان يكون الرد في مكان الغصب او لا فان كان فيه فلا
ضمان عليه لان تراجع السعر بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين اخذ القيمة والانتظار الى الذهاب الى
ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له ان لا يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله
ان ينتظر فقوله بخلاف تراجع السعر متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته وبخلاف المبيع معطوف على قوله بخلاف
يعني اذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل ان يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئا للنقصان حتى لا
يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت في يد البائع
فصارت تساوي خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرطه لانه ضمان
عقد والاوصاف لا يضمن به اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف
والغصب فعل يحل الذات بجميع اجزائها وصفاتها فكانت مضمونة قال المص ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده
ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده وآنية فضة فانهشمت في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد
الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله قال ومن غصب
عبدا فاستغله اي ومن غصب عبدا فآجره وقبض الاجرة فصار مهزولا في العمل فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائه في ضمانه
بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي ح
ومحمد رح وعند ابي س لا يتصدق بها وعلى هذا اذا آجر المستعير المستعار والمودع الوديعة لابي س انه حصل في ضمانه وملكه
اما الضمان فظ لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت الغصب مستندا اذا ضمن ولهما القول بالموجب
اي سلمنا انه حصل في ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على
وصف الاصل اصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فان قيل التصرف في ملكه مستندا فاني يكون الخبث اجاب بقوله والملك
المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت فلا ينعدم به الخبث فلو هلك
العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع العبد الى
المالك يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري
فان الغاصب ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث ما كان لاجله الا اذا لم يجد الغاصب غيره اي غير الغلة
المذكورة من الاجرة والمال لانه محتاج اليه وللمحتاج ان يصرفه الى حاجة نفسه هو اولى بذلك لانها ملكه وان كان فيه خبث فلو اصاب مالا
تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا انه محتاج وكذلك ان استهلك
الغلة مكان الثمن ان كان محتاجا فلا شيء عليه وان كان غنيا فعليه ان يتصدق بمثله قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية الخ
اذا تصرف في المغصوب او الوديعة في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي ح ومحمد رح خلافا لابي س وقد مر الدلائل من الجانبين
في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا
وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تبيينا على تحقق الخبث وان تداولته الايدي ثم هذا اي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض

ظ اما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير فقوله في الكتاب يعني الجامع الصغير اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب
اذا اشترى بها ونقد منها قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على ان المراد بها اذا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار
اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب هذه اربعة اوجه ففي واحد منها لا يطيب
وفي الباقي يطيب ذكره في المبسوط وجها آخر لا يطيب فيه ايضا وهو انه دفع الى البائع تلك الدراهم اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم
وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا يفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد ان يتأكد بالنقد
ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال فخر الاسلام قال مشايخنا لا يطيب له قبل
ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال في الوجوه كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع
الربح وقال خلاف لانه اذا نقدها ولم يشر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان يصير عينها عوضا كما قبل فثبتت شبهة الخبث
وان اشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق بها فيمكن شبهة الخبث ايضا
وسبيله التصدق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب التصدق وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او
طعاما فاكله لم يتصدق بشيء بل يرد عليه مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل وما زاد
عليه دراهم ولم يصر فلا يظهر الربح **فصل** لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين والمثل والقيمة اعقبه بذكر
ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها
زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وقوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير
بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلا والرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى
زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية
وقوله وعظم منافعها ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا وشاء
وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر انه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت دقيقا يسمى دقيقا لا حنطة
ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها وفيه اشارة الى ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة
طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه من فعل قوله وهذا كله يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمانه
عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي
الى الربوا اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل
العين كالقطع في الثوب الا يرى ان الربوا يجري بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة وعند الشافعي يضمنه لان على اصله
تضمين النقصان مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف وعنه انه يزول ملكه عنه ولا يسقط عنه حقه لكنه يباع
في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موت الغاصب قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا وتقريره ان بقاء العين المغصوبة
يوجب بقاءه على ملك المالك لان الموجب الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين
باق فيبقى على ملكه ويتبعه الصنعة الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت فان الدقيق
يكون لمالك الحنطة هذا فان قيل هذا فاسد لانه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به اجاب بقوله ولا معتبر
بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم

الفعل

الفعل اصلا وج صار صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة فصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها اي جعلها عضوا
عضوا فان فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب الملك لكونه محظورا ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد
بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحداثها صير حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه تبدل الاسم فات
معظم المقاصد وحقه اي حق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه على ما عرف في
الاصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجيح كان الرجحان في الذات احق منه في الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع
حق المالك بالشي والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكة من وجه قوله ولا نجعله سببا للملك من حيث
هو محظور جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو
محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله بخلاف الشاة جواب عن قوله
وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح
والسلخ باق كما تقدم انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيما بعد الشي ولا يقال شاة
مشوية بل يقال لحم مشوي فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك لانه لما ذبحها فقد تبع
اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح
بل يحققه فلا يكون دليل تبدل العين بخلاف الطبخ بعده لانه لم يفوت ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها ان ياخذها
قوله وهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل
لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره ينقطع حق المالك
لتبدل الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجيء لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه قوله
لا يحل له ط قوله ووجهه اي وجه القياس ان ثبوت الملك مطلق التصرف يعني ان الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه المالك
بالدلائل المذكورة والملك مطلق التصرف من غير توقف على رضا غيره الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان ما ذكر في
الكتاب وهو حديث رواه ابو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى رض ان النبي ع م كان في ضيافة انصاري فقدم
اليه شاة مصلية اي مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغه فقال انها تخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت
شاة اخي ولو كانت اعز من هذا لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال ع م اطعموها الاسارى قال محمد رح
يعني المحبسين فامر بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينا اذا امكن وثمنه
بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء قوله
ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول وهو ظ وقوله ونفاذ بيعه جواب عن قوله ولهذا لو وهبه وتقريره ان نفاذ ذلك
لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد وقوله واذا ادى البدل راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه
واضح وقوله او ضمنه الحاكم يعني اذا كان مال اليتيم وقوله بخلاف ما تقدم اشارة الى قوله كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها
او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا وقوله واصله ما تقدم اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبدا
فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان **قال** وان غصب فضة او ذهبا اذا غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية
لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رح فاخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة متقومة

ضمن احدا انهما حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح راس المال في
المضاربات والشركات وبعدما ضربه صلح لذلك ثم ذلك دليل على تغاير بهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا او فضة
وذهبا وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك ينقطع حق المالك كما تقدم ولابي حنيفة رحمه الله ان العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم
باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكوة كذلك واذا
كان كذلك لم ينقطع حق المالك قوله وصلاحيته لراس المال جواب عن قوله والتبر لا يصلح الخ وتقريره ان الصلاحية امر
زائد على مقتضى الطبيعة تحدث بالصنعة لانه هلك العين بها من وجه وقوله وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة
معتبرة متقومة ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال لانها لا قيمة لها عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه
قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال
حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربوا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجد صاحبه
مكسورا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصحة الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال
الربوية واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه ومن غصب
ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساحة بالحاء سياتي بعد هذا فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وذكر
في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها وسيظهر لك وجه ذلك
ان تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه وقال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين قد بيناه يعني في اول هذا الفصل بقوله
واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ ووجه آخر لنا فيه اي تعليل هذه المسئلة ان فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار
كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او ادخل اللوح المغصوب في سفينة مع من عليها في لجة البحر ليس للمالك ان ينزع
لو حرفيها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان له ان ينزع عنده فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع
الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلفا للناس لا لان المالك هلك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط
قلنا ثبت في كل واحد منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان في ابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانا
متساويين ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمه الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة لانه غير متعد في البناء واما اذا بنى على
الساحة ينقض لانه متعد فيه قال المص وجواب الكتاب يعني قوله فبنى عليها يرد ذلك وهو الاصح قيل لانه تعرض لما كان عليه لان
الساحة قبل البناء عليها يصلح للاحراق تحت القدور وللابواب للدور وغير ذلك وبعده لا يصلح لشيء من ذلك الا بالنقض و
النقض يوجب انقطاع حق المالك قال ومن ذبح شاة غيره ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها
وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما اعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم
ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة فيها لا نقصا حيث عد للجزر غير
مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود
سوى ما من زيادة الاسمان والتاخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدها اي يد الشاة والجزور وهذا هو
ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمنه شيئا يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على ما مر حتى
الظما ذكره انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش

يجنبها وانما يتقوم عند المقابلة ص

واما لما كانت قيمة الساحة

فما ذهب اليه الشافعي رضه ان الغاصب ينقض
بانه الحاصل من غير خلف وفضه المالك ص

القلب السوار

والسفينة

في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يعم الجزور بظاهره ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الاغراض اذ لم يجعل البيان منحصرا فيما ذكر
بقوله من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود
الاستهلاك من كل وجه قيل ليس لتقييده بغير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا
قطع يدها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل انهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال
هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع
طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظ وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك ان يقول وكذلك اذا كانت غير
ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال في الاول لانه اتلاف من وجه
وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين
نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال في المنتقى هشام عن محمد
رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فللمالك ان يمسك ويأخذ النقصان قوله بخلاف قطع طرف العبد المملوك متعلق
بقوله للمالك ان يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الآدمي وغيره ان الآدمي يقطع طرفه لا يصير مستهلكا من كل
وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك قال ومن خرق ثوب
غيره اختلف الناس في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما اوجب
دونه فهو يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير واشار في القدوري الى ان الفاحش
ما بطل به عامة المنافع قيل معناه ان لا يبقى للباقي منفعة الثياب بل لا يصلح لثوب ما قال المص والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض
العين قيل يعني من حيث الظ والغالب فان الظ ان الثوب اذا قطع يفوت شيء من اجزائه وجنس المنفعة يعني ان لا يبقى جميع منافعه بل
يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان يعني من حيث المالية بسبب فوات
الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا و
قطعه قميصا او لم يخطه فله ان ياخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك ان الفائت به بعض المنافع
لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وامثاله والساقط من القيمة اقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد
فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه
وان خرق خرقا كثيرا فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا
لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من حيث
ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة او الى جانب البقاء واخذ العين
وضمن نقصان القطع ووضع المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى ان الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس
قال ومن غصب ارضا كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضي الامام ابو علي النسفي يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض كتبه
تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة اقل من قيمة البناء فليس له ان ياخذها وان كانت قيمة الساحة اكثر فله ان ياخذها قالوا
هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة
واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة



وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذلك اذا ادخل قرن الشاة في قدر الباقلاني ويتعذر اخراجه ينظر ايهما كان اكثر قيمة
فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويتخير بعد ذلك في اتلاف ايهما شاء وله امثال غير ما ذكر وقوله
ليس لعرق ظالم صحح في المغرب بتنوين عرق اي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف
العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله يقوم الارض
الخ يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة دنانير مثلا ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر فيضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب
فيسلم الارض والشجر لصاحب الارض وكذا البناء قوله ومن غصب ثوبا الخ وقوله اعتبارا بفصل الساحة يعني كان
في فصل الساحة يؤمر بالقلع اذا لم يتضرر الارض به فكذلك ههنا لان في كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله لان التمييز
ممكن يعني بالعصر وقوله ولنا ما بينا يعني في مسئلة الساجة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله والخيرة لصاحب الثوب جواب
عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب ابيض وبيانه ان تخيير
كل منهما متعذر لجواز وقوع التنافي منهما وتخيير المالك اولى لان الثوب اصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة
الثوب والسمن اذ يتوهم ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ
كذلك وقع من ابي عصمة في اصل المسئلة فقيده بذلك تصحيحا للنقل وقد ظهر بما ذكرنا في مسئلة الصبغ والانصباغ
الوجه يعني جواب المسئلة وتعليلها في السويق من حيث الخلط والاختلاط بعين فعل غير ان السويق من ذوات الامثال
فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق
مثليا وقيل المراد منه اي من القيمة المثل سماه به اي سمى المثل بالقيمة لقيامه مقامه اي لقيام المثل مقام المغصوب وذكر الضمير
منه وبه بتأويل ما يقوم به قوله فعن محمد انه ينظر الخ معناه ان ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ
ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة
قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد **فصل** لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب
بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب ومن غصب عينا فغيبها فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء
ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي قال الغصب عدوان محض وما هو كذلك
لا يصلح سببا للملك كما لو غصب مدبرا او غيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك البدل وهو ملك البدل
وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعا
للضرر عن مالك البدل لكن بشرط ان يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير الى ان
سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا وهو مذهب القاضي ابي زيد فانه قال في الاسرار قال علماؤنا
الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي وقال شمس الائمة في المبسوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت
عند اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اذا
تم له الملك بذلك السبب ملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة ملك المشتري المبيع
بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب
فيه فيكون سببه مشروعا مرغوبا فيه ولا يصلح ان يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم

ليستوجبها اي ليستحقها

لذي صح

غزلة الصبغ وقال ابو عصمة المروزي في اصل المسئلة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر واحترز بهذا القيد عن صح

ولا يجوز

ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وقيل فيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد
والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر اثره في ثبوت الزيادة المنفصلة وقوله ثم قد ينفسخ التدبير بالقضاء جواب
عما يقال الا ان المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتقريره القول
بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فيصح كان البيع مصادفا للمحل لا المدبر فيجوز
بيعه لمصادفته المحل بهذا الطريق واما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع
يمينه اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فح لم يكن القول
قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب فللغاصب بينة
يشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا
ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان
القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو
الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة
وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين ولا يكون في معنى المودع وكان المص اختار قولهم قال ذكر اوصاف المغصوب في دعوى
الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد في الاصل اذا ادعى على رجل انه غصب منه جارية له واقام
على ذلك بينة حبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان يحفظ هذه المسئلة
لانه قال اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك صح لاجل الضرورة فان الغاصب
يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم باوصاف المغصوب
فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم وصار ثبوت ذلك
بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به وعلى هذا لا يحتاج الى تأويل ابي بكر الاعمش وهو ما قال تأويلها ان الشهود
شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات
الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن فاما ان يكون ضمن بعد
تمام الرضاء اولا فان كان الاول كما لو ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها المالك او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك
والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كما لو ضمنه بقول الغاصب
مع يمينه فله الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة
فان قيل اخذ القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى اجاب بقوله واخذه دونها اي اخذ
المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضى لانه انما اخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة
المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير يعني
ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض
في ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له في استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله وهو خلاف ظاهر الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه
بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار **قال** ومن غصب عبدا فباعه ومن غصب على

والناس يطوح ... ثابت من وجه دون وجه

فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ونظيره في حق الاكساب دون الاولاد على ما ذكر والناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه و هو الاصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي وولد المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لا يضمن الا بالتعدي او بالجحود عند طلب المالك والاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من نمائه في شيء حتى تضمن بالتعدي لانها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي رحمه الله زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في اول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك لو وجد ليس بموجود فيما نحن فيه لانها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا ازالة ثمه ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تفويت يد حصل به لانه كان متمكنا من اخذه من الغاصب قبل البيع والتسليم وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في النسل واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن الولد ولم يزل يدا في حق الولد وتضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر في غير الملك وليس فيه ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطردا لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا قوله وفي الظبية المخرجة من الحرم جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ووجهه ان ذلك القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع فان قاس عليها بعد التمكن فيه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب اكثر مشايخنا واذا اطلق يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان جناية اي تلك لان صيد الحرم وزوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف معنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج

الجناية ص

ذلك

ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم قوله ويجب يعني الضمان بالاعانة والاشارة بالنص فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى قال وما نقصت الجارية بالولادة ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عندها فمات الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كالفوات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد يصلح ان يكون جابرا لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية المخرجة من الحرم اذا انتقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبقيمة الولد وفاء وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر او قطع قوائم شجر الغير فنبت قوائم اخرى مكانها او خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او علمه الحرفة فاضناه التعليم فانه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي حنيفة رحمه الله على ما نعرف ذلك يغني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات فصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف قوله وولد الظبية ممنوع جواب عن قولهما وتقريره لا نسلم ان نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد وكذا لا نسلم ان الام اذا ماتت لا ينجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية واما تخريجها على الظاهر فهو ان كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب الزيادة وليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا وروي عن ابي حنيفة رحمه الله رواية اخرى وهو انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة كرد العين ولو ردت عين الجارية كان النقصان مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه ان كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب كما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بمحل النزاع فان قيل المذكور جواب المستشهد بها واصل نكتة الخصم وهي ان الولد ملك المولى فلا يصح ان يكون جابرا لنقصان وقع في ملكه فهو على حاله اجيب بان المص اشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد واجيب بانه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بطل الخلفية وبقي في ملك المولى كان قيل الولد عنده امانة فكيف يكون خلفا عن

المضمون فالجواب ما اشار اليه المصنف من عدم عده نقصانا لا تضمينه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني ايضا فلله در
المصنف ما الطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا قال ومن غصب جارية فزنى بها قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما ردها وتابعه المصنف في قوله ثم ردها فحبلت بتقديم الرد على الحبل
ووقع في عامة النسخ تقديم الحبل على الرد لبيان ان الحبل كان موجودا وقت الرد قالا الرد قد صح لانه وصل الحق الى المستحق
وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لا نسلم صحته حيث هلكت بسبب كان عنده اجاب بقوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد
المالك وهو الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم
ردها فهلكت او زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل
فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الحبل ولابي حنيفة
ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الوجه الذي اخذه ولم يوجد هنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك
فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة — اي بسبب الجناية
كذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لانها لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت عنده لا تضمن فلا
يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى قوله وفي فصل الشراء جواب عن قولهما كمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق
الفرق وهو ان في فصل الشراء الواجب على البائع ابتداء التسليم اي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك
منه وموتها بالنفاس لا يعدم التسليم وما ذكرناه من وجوب الوجه الذي اخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان تمثيل ما لم يوجد شرطه — الرد على ص
على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد وتحقيقه ان الشراء لم يتناول الا العين فالاوصاف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها
شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده واما
الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت
الاوصاف فيه كان الرد بدونها ردا فاسدا واما اذا حمت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما بها من الحمى والضعف قبل الموت
ويحتمل ان يكون بسبب زيادته كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك او مركبة منهما فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك
قوله والزنا سبب جواب عن قولهما او زنت في يده الخ وتقريره ان الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا
المتلف والما حدث في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجد في يد الغاصب فلا يضمن قال ولا يضمن منافع ما غصبه منافع الغصب
غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي مضمونة باجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل
والاستعمال ومن ثم سمي الاول غصبا والثاني اتلافا في شمول العدم عندنا وشمول الوجوب عنده وفصل مالك رحمه الله فقال ان سكنها
فكما قال الشافعي وان عطلها فكما قال ابو حنيفة له ان المنافع اموال متقومة لكونها غير الآدمي خلق لمصلحة الآدمي ويجري فيه الشح — للشافعي ص — الشح البخل مع الحرص
والضنة ويضمن بالعقود صحيحة كانت او فاسدة بالاجماع فكذا بالغصوب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كالورود — والضنة البخل
على الميتة ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في امكانه اذ هي تصرفه وقدرته وكسبه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك
لانها اعراض لا تبقى وما حدث في مكان الرجل فهو ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة التكاليف
فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها

وكيف

وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان
لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من
حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا
لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما يكون بين باق وباق
لا بين باق وابقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى انها يعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض الا يرى ان بيع الثياب
بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت
كما ذكرنا فكان ان القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عبثا في التصرفات وقد عرفت هذه المآخذ اي العلل التي هي مناط
الحكم او ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها
لا تماثل الاعيان الخ في المختلف يعني في مختلف ابي الليث وقوله ولا نسلم انها متقومة جواب عن قوله المنافع اموال متقومة وتقريره
انا لا نسلم انها متقومة في ذاتها لان التقوم لا يسبق الوجود والاحراز وذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لضرورة دفع الحاجة
عند ورود العقد عليها بالتراضي ولا عقد في المتنازع فيه الا ان اي لكن ما ينتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء
العين **فصل في غصب ما لا يتقوم** لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما
لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه تقومه او بتغير في نفسه الى التقوم قال واذا اتلف
المسلم خمر الذمي او خنزيره هذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر
الذمي ولا ضمان على المتلف في الاولين بالاجماع واما في الآخرين فعليه الضمان عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا — [illegible] المسلم خمر الذمي ص
باعها الذمي من الذمي جاز البيع عندنا خلافا له قال سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذمي لانهم اتباع
لنا في الاحكام قال عليه السلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها لا يجب باتلافها
مال متقوم وهو الضمان اي ما يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا ودل
على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا
العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك ونحن
امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لا نجادلهم على الترك والسيف موضوع يعني لا نجبرهم على الترك بالالزام بالسيف بعقد الذمة
ومع تعذر الالزام على ترك الدين فيبقى التقوم في حقهم واذا بقي فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان بالنص
فيضمنه ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احدهما امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك
النكاح الموجب توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب — وصح النكاح ص
بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان وقوله بخلاف الميتة والدم جواب المقيس عليه للشافعي لم يذكره
في الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين بتمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت مثلية وتذكير الضمير في الكتاب بتأويل المشروب
والمذكور لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا لها بخلاف اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تمليكها وتملكها فان جرت بينهما
مبايعة جاز لهم التمليك والتملك وان استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسليمه قوله وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي
غير ممنوع عن تمليك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الى آخره لاتساق ما بعده من العطف وقوله

لانه مستثنى عن عقودهم يعني بعدم الجواز لقوله عم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لانه فسق منهم لا انه دين لهم فانه محرم الربوا
في دينهم قال الله تع واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي فان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيئا وان كان اعتقاد
الذمي ان العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة مقيس عليه للشافعي رح ووجه الجواب ان ما ضمناهم ترك التعرض للعبد
المرتد للذمي لما فيه اي في ترك التعرض من استخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه واستشكل هذا التعليل بما اذا اتلف على
نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين واجيب بان ذلك كفر اصلي والنصراني مقر عليه بخلاف
الارتداد وقوله وبخلاف متروك التسمية متعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه
من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى فيجب ان نقول بوجوب
الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رح ووجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة ثابتة
والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان
الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله عم
اتركوهم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها اي من غصب من مسلم خمرا
فخللها او جلد ميتة فدبغه وكل منهما على وجهين لان التخليل والدباغ اما ان يكون بخلط شيء وبما له قيمة او لا فان خلل بغير شيء بالنقل
من الشمس الى الظل ومنه اليها ودبغ بالقرظ بفتحتين وهو ورق السلم والعفص ونحوهما فاما ان يكون الخل والجلد باقيين او لا
فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا شيء واخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ
والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في
الكتاب وهو ظ وان لم يكونا باقيين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي ح رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي
ما زاد الدباغ فيه وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره والتنبيه
على ذلك انه ان ضمن فلا وجه لضمان يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف
بالتعدي والفرض عدمه وقوله اما الخل دليل صورة الاستهلاك وهو ظ واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان
ياخذه قال العبد الضعيف يعني اذا غصب جلدا من منزله فاما اذا القاه صاحبه في الطريق فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك ان ياخذه وعن
ابي يوسف ان له ان ياخذه في هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ
فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة توجب
الضمان بخلاف المتنازع فيه وقوله ولانه واجب الرد دليل آخر وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد
خلفه قيمته كما في المستعار يضمن بالاستهلاك لا بالهلاك ولهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام
وغيره في شرح الجامع الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني ان القاضي قوم الجلد بالدراهم و
الدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الصبغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ
منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله اي لابي ح رح لا نسلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب
وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد
تابعا للصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع اصله كما اذا هلك

من غير

من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان
في الهلاك والاستهلاك قوله بخلاف الرد جواب عن قولهما ولانه واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد حال قيامه لانه تبع
الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل ان الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه
الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد فيه اصل لا تابع فوجب رده ويتبعه الصنعة وقوله بخلاف
الذكي والثوب جواب عن قولهما كما اذا غصب ثوبا وتقريره ان الذكي ليس نظيرها لان التقوم فيهما اي الذكي والثوب كان ثابتا قبل
الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان ولو كان الجلد قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا
الوجه الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك بلا خلاف لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب
لان له قيمة وقيل ليس له عند ابي ح رح وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا تركه دليل ان في المسئلة خلافا لا دليل المخالفين ووجه
ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو اي الاستهلاك على هذا الخلاف
على ما بيناه آنفا وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم
من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد
مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخلل بغير
خلط شيء واما اذا دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزيل ملك المالك
ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم
جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه
القولين في الكتاب وهو ظ واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ صار الخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند ابي ح رح وعندهما اخذه
المالك واعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا يشير الى ان ثمة قولا آخر وهو قيل ان هذا والاول سوى لان الملح
صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظ سوى الفاظ نشير اليها قوله فهو على ما قيل وقيل تنكيره قيل اشارة الى القولين المذكورين
في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه فقيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند ابي ح رح وقوله وهو
على اصله ليس باستهلاك اي اصل محمد فان اصله وهو قول ابي يوسف ايضا ان خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما فكان الخل مشتركا
بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خل نفسه وغيره فيضمن خل المغصوب منه وقوله هو للغاصب في الوجهين يعني ما اذا صار
خلا من ساعته او بعد زمان وقوله اجروا جواب الكتاب يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء ومعناه
ان بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم اجروه على اطلاقه وقالوا للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه
كلها وهي التخليل بغير شيء والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما قال ومن
كسر لمسلم بربطا او طبلا قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروف وقوله
اهراق له سكرا اي صبه يقال اهراق يهريق بتحريك الهاء واهراق يهريق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثانية
زائدة وكلامه ظ لا يحتاج الى شرح

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال
غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته وكثرة اسبابه
من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات وجب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري

وفي النهاية المقصود من الاستحقاق

وشرطها كون المبيع عقارًا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة
عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركة او جوار قال الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة
للخليط في نفس المبيع اي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق قال المص فاد هذا اللفظ
ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب والدليل على الاول ما روي عن رسول الله صلعم الشفعة لشريك لم يقاسم
اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يثبت للشريك
الآخر حق لانه الدخيل لا في نفس الدار ح لا شفعة وقوله عم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا
اذا كان طريقهما واحدا والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا
يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال تقرر سببه قيل معناه احق به عرضا عليه للبيع الا يرى انه فسر الحق
بالانتظار وان كان غائبا واجيب بانه جعله على الاطلاق قبل البيع وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق وهو كونه على
شفعته مدة الغيبة وقوله عم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار احق بشفعته والحديث
الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار وقال الشافعي رح لا شفعة
للجار لقوله عم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله
الائمة من قريش فتنحصر الشفعة يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل
منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله ولان حق الشفعة دليله معقول وتقريره ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما
فيه من تملك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق
به غيره قياسا اصلا ولا دلالة اذ لم يكن في معناه من كل وجه وهذا اي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع
لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله في الاصل اي فيما لم يقسم لا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم
من جملة كلامه ان تباعد ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبئر و
الحمام ولنا ما روينا من الاحاديث من قوله عم جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عم الجار
احق بسقبه رواه البخاري وابو داود ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار وهو ظ لانه المفروض
وقوله تأبيدا احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له لوجوب النقض
رفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة
مهرا اي الحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لانه في معناه اذ الاتصال على هذه الصفة
يعني اتصال التأبيد والقرار انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذ الجوار مادة المضار من ايقاد النار واثارة
الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار والكبار وقطع هذه المادة بتملك الاصيل يعني الشفيع اولى
لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدافع اسهل
من الرافع قوله وضرر القسمة مشروع جواب عن قوله لان مؤنة القسمة يلزم جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند
البيع لزوم مؤنة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر.

كنه الشرع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر غيره وهو التملك
على المشتري من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض وقد اجاب بعضهم بان قوله عم
الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق
مشترك الالزام لانه عم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق
واحدا تجب الشفعة وانما نفي الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل
يستحق بها الشفعة او لا فبين رسول الله عم عدم الشفعة والدليل على الثاني اعني على الترتيب قوله عم الشريك احق من
الخليط والخليط احق من الشفيع قال المص فالشريك في نفس المبيع والخليط في حق المبيع والشفيع هو الجار وداليه
على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رح ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب هو ظ وكذا قوله ولا نص القسمة يعني
ذكرنا انه دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة للاستحقاق صلح مرجحا لان الترجيح ابدا انما
يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال وليس للشريك في الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ثبت ان المتأخر ليس له حق
الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية فان سلم فللمتأخر ان يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق
التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب
حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وابو يوسف في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك
في المبيع قد يكون ثمينا كما في منزل معين من الدار مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون
الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى لان المنزل من حقوق الدار
ومرافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو لها والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع و
الشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع والرواية الاخرى انه والجار سواء في بقية الدار
ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفاسير المذكورة له والقراح
من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا اشائب سبخ وذكر استحقاق الشفعة في السكة والحالة على ما ذكر في كتاب
القضاء وهو قوله لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور واصل ذلك ان استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلازمان فكل
من له ولاية فتح الباب في سكة فله استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية
ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير يؤخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه يعني قوله فان
كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة الخ فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلذلك قال
على قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة
مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسألة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة
في العقار قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤوسهم خلافا للشافعي رح فاذا كان دار بين ثلثة لاحدهم نصفها
وللآخر ثلثها وللآخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى بذلك بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي
اثلاثا بقدر ملكهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة
والولد والثمرة ولنا انهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا

آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق
وصاحب الكثير اكثر اتصالا فانى يتساويان اجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لان الاتصال بكل جزء علة
لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدلائل لا بكثرتها ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلتها
حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لان المرجوح يندفع في مقابلة الراجح وعورض بان الهيئة
الاجتماعية قد يستلزم ما لا يستلزمه الافراد فيجوز ان يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب
الكثير تفاوتا كالابن فانه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان الهيئة الاجتماعية مطلقا
يستلزم ذلك او التي تجتمع من علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين والهيئة الاجتماعية
منهما لا يستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح الا يرى ان الشاهدين والاربعة سواء ولم يستلزم
الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في الابن علتان انضمت احديهما الى الاخرى فاستلزم
الزيادة وانما ذكر باعتبار تفاوت في عصوبته بجعل الشارع كذلك من حيث الحكمة ان وقوله ويملك ملك غيره جواب
عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعني ان التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من
تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه قوله ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه
فلا يخلو اما ان يكون قبل القضاء له بحقه او بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين في الكل على عددهم دون انصبائهم
كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان
البعض غائبا تقضى بها بين الحاضرين على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق
الحاضرين بالشك وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضى له بالنصف فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد
منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضاء له بحقه فليس للآخر ان يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار
كل واحد منهما مقضيا عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه في قضية لا يصير مقضيا له فيها ولا فرق في
هذا بين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم اقوى كالشريك مع الجار وكذا لو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع
لا يأخذ القادم وهو مسئلة الكتاب لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء
قال والشفعة تجب بعقد البيع قال في المختصر والشفعة تجب بعقد البيع وهو يوهم ان الباء للسببية فيكون سببها العقد
وليس كذلك لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال في
هذا قول عامة المشايخ ولانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك
البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار بتحقق ذلك ورد بانه لو كان السبب الجوار لسلمها
قبل البيع لوجوده بعد السبب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط
ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول
واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك شرط الوجوب لا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع
المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد قوله والوجه فيه اي في هذا التأويل ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع
عن ملك الدار وعنه امر خفي لا يطلع عليه وله دليل ظاهر يعرفه وهو البيع فيقام مقامه والحاصل ان الاتصال بالملك

سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البائع
صح له ان يأخذه وان كذبه المشتري ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس
للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك ترددا لبقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية
فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه
بالكلية قال ويستقر بالاشهاد للشفعة احوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار
وهو بالاشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب المواثبة اي من طلب الشفعة على المسارعة واضاف الطلب الى المواثبة
لتلبسه بها لانه اي لان الشفعة ذكر الضمير نظرا الى الخبر حق ضعيف يبطل بالاعراض قال عم الشفعة كحل العقال ان قيدها
ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على انه اعرض عنه او دام عليه والاشهاد والطلب
يدلان على الدوام فلا بد منهما ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد ويملك هو انما يكون بالاخذ
اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله ويظهر فائدة هذا اي توقف الملك في الدار المشفوع بها
بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصورة الاولى يعني اذا مات الشفيع لانه لم يملكها
فلا يورث عنه وقوله في الثانية يعني اذا باع داره لزوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله في الثالثة يعني
اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوع بها لانه لم يملك المشفوع بها فكيف يملك بها غيرها وقوله ثم قوله تجب بعقد البيع يعني
قول القدوري

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه
وكيفيته وتقسيمه قال واذا علم الشفيع بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى الفاظ ننبه عليها طلب المواثبة سمي به
تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي طلبها على السرعة والمبادرة قوله وهو ان يطلبها كما علم اي من غير توقف
سواء كان عنده انسان او لم يكن وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه ليس بلازم
انما هو لنفي التجاحد يعني ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم
انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري
لو قيل له قد بيع الارض بجنب ارضك فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا صحيحا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع
طلبت الشفعة واخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل لانه
انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال اطلب واخذ بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره المص وقوله واصل الاختلاف في عزل
الوكيل وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي واراد باخواته المولى
اذا اخبر بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر وقوله بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده اي عند ابي حنيفة يعني ان المرأة
اذا اخبرت بان زوجها خيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان المخبر او غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق
والا فلا لما ذكر انه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه احد شطري الشهادة وقوله او على المبتاع يعني المشتري او عند العقار قال
شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند المواثبة بان سمع الشراء حال غيبته عن المشتري
والبائع والدار اما اذا سمع الشراء بحضرة احد هؤلاء فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين
فان ترك الاقرب من هذه الثلثة وقصد الابعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم يبطل استحسانا لان نواحي

المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان احدهم في مصر والآخر في مصر آخر او في رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا
واستحسانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة احد هؤلاء حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته قوله
ولا يسقط بتأخير هذا الطلب يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم اجمعوا
على انه اذا تركه بعذر مرض او حبس وغير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا يبطل شفعته وان طالت المدة قوله وما ذكر من الضرر
جواب عن قول محمد يعني ان الشفيع اذا كان غائبا لم يبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين
الحضر والسفر في لزوم الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة لان الشفيع اذا كان غائبا
فعلم بالشراء فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري او البائع او الدار المبيعة لطلب الاشهاد
فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى احد هذه الاشياء قبل ان يطلب هذا الطلب او بعث من يطلب فلا شفعة له
قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر قوله لاختلاف اسبابها فانها
على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره اولا ومن ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سببا فانه سبب عند
شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان وقوله ثم دعواه قيل لم يتم بعد بل لا بد وان يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع
اولا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء
وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم ان المدة طالت اولا فان عند ابي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه
وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المص لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير وقيل ثم بعد ذلك يسأله
عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت واخبرت من غير لبث يسأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير يسأله عن
المطلوب بحضرته هل كان اقرب الى المبيع من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي
يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل يحتمل ان يكون يد ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق
فان اقامها فقد نفذ دعواه وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع لانه لا يعلم ان الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به
لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكره لزمه اليمين على العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل ثبت دعوى الشفيع
فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان اقر فذاك وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها فذاك وان عجز
عنها استحلف المشتري على انه ما اشتراه او ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكر فهذا على الحاصل والاول على السبب
ذكر تمام الاستحلاف فيه يريد به ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال ويجوز المنازعة في الشفعة ويجوز
المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المص وهو ظاهر
رواية الاصل ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة من غير
احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه او من ورثته ان مات وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر
الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري
والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع ان البائع ازال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد اضر بنفسه عن اختيار
فلا ينظر له بابطال ملك المشتري وانما ينظر له بابقاء ولاية حبس المبيع فاما المشتري ههنا فلا يزيل ملك نفسه عن اختيار
ليقال اضر بنفسه قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على

وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بابطال الشفعة اذا ماطل في دفع الثمن وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه قبل القضاء
ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت لا يشترط احضاره فلا بد من القضاء بها ليتمكن المشتري من المطالبة واذا قضى
له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد ايضا لانه فصل محمد فيه ووجب عليه الثمن
فيحبسه فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وان
احضر الشفيع البائع وان احضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة لذي
معتبرة كيد المالك ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد
المودع والمستعير ومن ليس يده كذلك فهو خصم من ادعى عليه الا ان الحاكم لا يسمع البينة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ
البيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كما ترى اما كونه خصما فقد بيناه واما كون
المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البينة فلعلتين اشترك في احدهما مع البائع وتفرد بالاخرى اما ما اشترك فيه
فهو ما ذكره بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع عليهما ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء
بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته اجنبيا لم يبق له ملك ولا يد واما ما تفرد به
فهو ما ذكره بقوله وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ولما كان فسخ البيع يوهم العود
على موضوعه بالنقض في المسألة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها مبنية على البيع وجه النقض على البيع
بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة يمتنع
واذا كان ممتنعا فات الغرض من المشتري وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها
لكنه يبقى اصل البيع اعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ
عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيستحيل بقاؤه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه المشتري من البائع وهذا لان
الشفعة في الشرع ثابتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها ومتى يندفع فسخه
من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم ينتقل الدار من المشتري الى الشفيع
بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ولما كان
له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب وان المشتري اشتراها على ان البائع بريء من كل عيب بها له ذلك والجواب ان العقد يقتضي
سلامة المعقود عليه من العيب وانما يتغير المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحول الصفقة
الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل قوله فلهذا اي فلتحول الصفقة اليه يرجع بالعهدة لانه بائع كما كان ولو كان بعقد على البائع
جديد كانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال
ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم المشتري اذا كان وكيلا فاما ان سلم المبيع الى موكله قبل الخصومة اولا فان كان الثاني فهو الخصم
للشفيع لانه هو العاقد قد يتوجه عليه حقوق العقد والاخذ بالشفعة من حقوقه وان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه لم يبق للوكيل
يد ولا ملك وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري
كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة
في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما ان الحكم كذلك في البائع على ما تقدم اجاب المص بقوله الا انه ذلك قائم مقام

مقام الموكل لكونه نائبًا عنه فيكتفى بحضوره والبائع ثمة ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفى بحضوره قوله وكذلك اذا كان البائع
وكيلا ظ وقوله وكذا اذا كان البائع وصيًا يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارًا فان الوصي يبيع التركة
اذا كانت الورثة صغارًا فان الوصي يبيع التركة اذا كانت الورثة كبارًا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم
وقوله واذا قضي للشفيع بالدار الخ ظ وقد ذكرناه ايضًا **فصل في الاختلاف** لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع
والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه **قال** وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن
الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه لان الشفيع يدعي على المشتري
استحقاق الدار باقل الثمنين المشتري لا يدعي عليه شيئًا لتخير الشفيع بين الترك والاخذ فاذا وقع الاختلاف
بينهما في الثمن وعجزا عن اقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد
الاقل والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد فيه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه وان اقاما البينة
فهي للشفيع عند ابي ح وم وقال ابو يوسف هي للمشتري لانها اكثر اثباتًا فصار كبينة البائع اذا اختلف هو والمشتري في
مقدار الثمن واقاما البينة فانها للبائع وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة
المشتري من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فانها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات
الزيادة ولهما انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف واخرى بالفين على ما شهد عليه
البينتان وفسخ احدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لتأكد حقه فجاز ان يجعلا موجودين في حقه وله ان يأخذ بايهما شاء
وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانهما لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى اكثرهما
اثباتًا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري فلا يمكن
توالي العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة
الموكل لان الوكيل صار منه اقرارًا اي بحسب ما توجبه البينتان فكان للموكل ان يأخذ بايهما شاء واما المشتري من العدو
فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف ولئن سلمنا ان البينة للمشتري فذلك باعتبار
ان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة ابي ح في هذه المسألة حكاها محمد به واخذ بها
وقوله ولان بينة الشفيع ملزمة لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء او ابى والملزم منها
اولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين ان يأخذ
او يترك وغير الملزم منها في مقابلة الملزم غير معتبر طريقة اخرى له حكاها ابو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذا وقعت التفرقة
بينها وبين بينة البائع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحدة منها ملزمة فلهذا اصرنا الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى
القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو ولانها غير ملزمة **قال** واذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع اقل منه اذا
اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما ان يكون مقبوضًا او غير مقبوض ويكون القبض غير ظاهر يعني غير معلوم للشفيع فان كان غير
مقبوض فاما ان يدعي البائع اقل او اكثر فان كان اقل اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري ووجهه المذكور
في الكتاب واضح وقوله ولان التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شيء الا يرى انه
لو اقر بالبيع وانكره المشتري يثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان اكثر وليس لهما بينة تحالفا وترادا بالجد

وقيد بقوله فيما يجوز احترازًا عما لا يتغابن الناس بمثله فان بيعه لا يجوز وقيل المراد به ان يكون الورثة صغارًا ص

المعروف وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف ويأخذها
الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظرًا
للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم وان كان مقبوضًا اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لما ذكره في الكتاب وهو ظ
وان كان غير معلوم القبض فاما ان يقر البائع بالقبض او لا فان كان الثاني ولم يذكره في الكتاب فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض
وان كان الاول والفرض ان المشتري يدعي اكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار الثمن ثم بالقبض
او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البائع اي بالالف لانه اذا بدأ
بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به اي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق
باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك بقي اجنبيًا من العقد اذ لا ملك له ولا يد فصح نحيا ان يأخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم
آنفًا ان الثمن اذا كان مقبوضًا اخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وان كان الثاني كما لو قال
قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله ويأخذها بما قال المشتري لانه بالاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار اجنبيًا وسقط
اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي ح ان المبيع اذا كان في يد البائع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول له
لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهذا ظ لانه لم يصر اجنبيًا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكًا **فصل فيما يؤخذ به**
المشفوع لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي
يؤديه الشفيع لان الثمن تابع **قال** واذا حط البائع عن المشتري حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المرابحة دون
الشفعة لان في المرابحة ليس في التزام الزيادة ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع قبل
منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب ان البائع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك عن الشفيع وان حط
الجميع لم يسقط عنه شيء لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذ بالثمن والثمن ما بقي واذا حط
بعده رجع الشفيع على المشتري بذلك القيمة بخلاف الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بينه
في البيوع في فصل قبيل الربوا وباقي كلامه ظ قوله ومن اشترى دارًا بعرض اي بمتاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها الشفيع
بقيمته اي بقيمة العرض لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع
ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه به والا فالمثل من حيث المالية وهو القيمة
وقوله بالقدر الممكن يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الا يرى
ان الشفيع لو سلم شفعة الدار على ان يأخذ منها بيتًا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت انما يعرف
بالحزر والظن ووجهه ان مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبرًا بخلاف البيت فان اخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة
وقوله وان باع عقارًا بعقار ظ وجهه مما تقدم واذا باع بثمن مؤجل الى اجل معلوم فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال
وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلومًا لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدًا
ولا شفعة فيه وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان الاجل
وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به اي بالثمن فيأخذ باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط
ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع والمبتاع فلا اجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله وليس الرضى به دليل آخر تقريره لا بد في الشفعة

من الرضى لكونها مبادلة ولا رضى في حق الشفيع بالنسبة الى الاصل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع لتفاوت
الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم ولقائل ان يقول لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة
لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضرورة ولا
ضرورة في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قوله فيه ووجهه ان وصف الشيء يتبعه لا محالة وهذا
ليس كذلك لانه حق المشتري والثمن حق البائع وقوله وصار كما اذا اشترى شيئا ظ وقوله لما بينا اشارة الى قوله لا امتناع
قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في اواخر باب طلب الشفعة وقوله وان اخذها من المشتري
رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ يوهم ان الشفيع يملكه ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك
بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول لما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه وقوله
وان اختار الانتظار ظ وقوله نعم لابي يوسف الآخر احتراز عن قوله الاول روى ابن ابي مالك ان ابا يوسف كان يقول اولا
كقولهما ثم رجع وقال له ان ياخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على
الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل وبثمن مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال
فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا لاعراضه عن الاخذ ووجه قولهما وقوله ولاما ذكره في الكتاب فيه اغلاق وتقريره حق
الشفعة يثبت بالبيع اي عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز ان يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند
حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع واما الاخذ فانه متراخي عن الطلب فيجوز ان
يتاخر الى انقضاء الاجل وقوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ في
الحال لئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا **قال** واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير
واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظ وقوله وشفيعها ذمي احتراز عما اذا
كان مرتدا فانه لا شفعة له سواء قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب لا لورثته لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها مسلما
اخذها بقيمة الخمر والخنزير قال المص اما الخنزير فظاهر لكونه من ذوات القيم واستشكل بان قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير
ولهذا لا يعشر العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر واجيب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن
ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما اذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخمر الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب من
فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن
واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم
البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لان وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه
ليس بشرط لبقاء الشفعة وباقي كلامه ظ **فصل** الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه
او بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتاخير في فصل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم اخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار
ان شاء اخذ الارض بالثمن الذي اشتريت به المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف
القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وهو احد قولي الشافعي وله قول آخر وهو له ان يقلع ويعطي
قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على انه ملكه والمحق في الشيء لا يكلف قلعه لان التكليف بالقلع من احكام العدوان

واستوضح

واستوضح ذلك بالموهوب له فانه اذا بنى ليس للواهب ان يكلفه القلع ويرجع في الارض وبالمشتري شراء فاسدا اذا بنى بالمشتري
اذا زرع فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا اي ما قلنا انه لا يكلف لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين
ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله بتحمل الادنى وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجود ما يقابلها وهو البناء
والغرس فيجب المصير اليه وجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير
تسليط من جهة من له الحق وكل من بنى في ذلك ينقض بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له
الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فان بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع وهذا اي نقض البناء
لحق الشفيع لان حقه اقوى من حق المشتري ويجوز ان يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع متاكدا لانه اي الشفيع يتقدم عليه
اي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجدا او مقبرة فكذا ينقض تصرفه
بناء وغرسا بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيهما تسليطا من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء
الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند ابي حنيفة لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري في المشترى
انما هو قوله واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية قوله ولان حق الاسترداد معطوف على قوله لانه حصل
فيهما اي في الهبة والبيع الفاسد ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق اي حق الشفعة يبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق
ضعيف عدمه لحق قوي وفيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح قوي
والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية ولانه لما كان ثابتا بدليل ظ لم يعتبر بخلافهما وقوله فلا معنى لايجاب القيمة راجع الى اول
الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري ان بنى او غرس ثم استحق
رجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله والزرع يقلع جواب عن قوله كما اذا
زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين لان قوله وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري
يتضمن ذلك لان الترجيح بدفع اعلى الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم
وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة وصبغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان ياخذها ويعطي ما زاد
فيها بالصبغ وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا يتضرر به المشتري كثيرا
لسلامة النقض بخلاف الصبغ وقوله واذا اخذه بالقيمة معطوف على مقدر دل عليه التخيير وتقريره الشفيع بالخيار ان شاء
كلف القلع وان شاء اخذه بالقيمة فان كلفه فذاك وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب وقوله وان اخذها الشفيع
فبنى فيها او غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن لا غير اخذه من البائع او المشتري لانه تبين انه اخذه بغير حق وعن
ابي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس ايضا لانه متملك على المشتري فنزلا منزلة البائع والمشتري ثم المشتري في صورة
الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشتري
مغرور ومسلط على البناء والغرس من جهة البائع ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت
الدار كلامه ظ والتأمل فيه يرشد الى ان في قوله من قال انهم يعني ائمتنا زعموا ان البناء اذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن
الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن وكانهم اعتبروا فعل الماء دون النار تعسفا نسله لتامل فان بناء
الغرق ليس فعل الماء وانما مبناه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فات من غير صنع احد واما بعض

الارض فليس يوصف بعض آخر فلا بد من اسقاط حصته ما غرق من الثمن وان نقض المشتري فالشفيع ان شاء اخذ العرصة
بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان البناء صار مقصودا بالاتلاف فيقابله وقد مر في البيوع وليس للشفيع ان يأخذ
النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا في منقولا ولا شفعة فيه وقوله ومن ابتاع ارضا ظاهر وقوله وما كان مركبا فيه يعني
مثل الابواب والسرر المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة اذا ولدت قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد
حكم البيع حتى يكون الولد ملك المشتري كالام وقوله في الفصلين يريد به اذا كان في النخل ثمر وقت الشراء ثم جذه المشتري
وما اذا لم يكن ثم اثمر ثم جذه ثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال الا ان التبعية ثابتة وقد زال وقوله في الكتاب
يعني مختصر القدوري باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد
ذكر الوجوب لان التفصيل بعد الاجمال قال الشفعة واجبة في العقار الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو كل اصل من دار
او ضيعة وان كان مما لا يقسم اي لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق التبعية فلا
يؤخذ القصاع مع الحمام لانها غير متصلة والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان واصله ما احاط به والحسب
بسكون السين وفتحها في معنى العدد واختار الجوهري الفتح وقال انما يسكن في ضرورة الشعر وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه
بيان لان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له
ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدما على الجار والمسلم والذمي فيها سواء وقال ابن ابي ليلى الشفعة
رفق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع وهو الكافر ولنا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء
الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير وقال لا شفعة للصغير
لانه لا يتضرر بسوء الجوار قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل ويستوي الباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا
او مكاتبا فاذا كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فله
ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى جائز دون غيره قال واذا ملك
العقار بعوض هو مال قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها ان يتملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط
الشرع وهو التملك بمثل ما يملك به المشتري صورة في ذوات الامثال وقيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع
واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء
سبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك وعلى هذا لا شفعة في
الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة عليها او يستأجر بها دارا او غيرها اي غير دار من عبد وحانوت او يصالح بها عن دم
العمد او يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تمليك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بمثل ما يملك به وكان تفريع
هذه المسائل على الاصل المذكور هو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع الخ كافيا ولكنه استدل عليه بدليل مستقل وهو
قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهارا وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ
بقيمتها وهو مهر المثل واجر المثل في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق وان تعذر الاخذ بمثلها
كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها اصلا وقوله اي قول الشافعي يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه
اي يشابه المهر كبدل الخلع والاجرة لانه لا شفعة عنده الا في حيث لا يرى شفعة الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام قوله ونحن نقول

شيء من الثمن ص

يعني ان الجارية المبيعة ص

لا اصل له ص

جواب

جواب عن جملة هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون مطلقا او ضروريا والاول ممنوع والثاني
مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم انما افردهما لان تقومهما ابعد لانهما ليسا بمالين
فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم
مقام العين من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط
وازالة والدم ليس الا حق الاستيفاء وليسا من جنس ما يتمول به ويدخر وقوله وعلى هذا البيان ان الغرض عند العقد وبعده
سواء في كونهما مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل او بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال في
اعترض بان البيع بمهر المثل فاسد للجهالة ولا شفعة في الشراء الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون معلوما عندهما وبانه جهالة
في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسدة ما افضت اليها ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع
الدار اي في شيء منها وقالا تجب في حصة الالف تقسم قيمة الدار على مهر المثل والف درهم لانه مبادلة مالية في حقه اي حق
ما يخص الالف وابو حنيفة يقول معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح
فيه ولو كان البيع اصلا لفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار بالف على ان تزوجني نفسك وقوله ولان الشفعة دليل
آخر وفيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة يقتضي المبادلة المالية واما ان يكون هي المقصودة فممنوع ووجهه ان كونها مقصودة
لا بد منه الا يرى ان المضارب اذا كان رأس ماله الفا فاتجر وربح الفا ثم اشترى بالالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها
بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تبع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال
شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للموكل على ما يجيء فكذا في
حصة الربح وهو التبع قال او يصالح عليها بانكار عطف القدوري قوله او يصالح عليها بانكار على قوله او يعتق عليها عبدا
من الصور التي لا تجب فيها الشفعة وليس بصحيح بلفظ عليها كما وقع في اكثر نسخ المختصر وكلامه فيه ظاهر وقوله اذا لم يكن من جنسه اي
اذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه كان اخذا لحقه فليس فيه معاوضة فلا يجب الشفعة قوله
ولا شفعة في هبة لما ذكرنا يعني في قوله بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا الا ان يكون بعوض مشروط في العقد ولا بد
من القبض فانه اذا وهب الرجل على ان يهب له الآخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد ان لا يكون الموهوب
ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة ان الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما
اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا تثبت الشفعة لا في الموهوب ولا في العوض دارا لان كل واحد منهما هبة مطلقة غير
العوض الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق
البائع يمنع عن الشفعة كما في البيع الفاسد فلانه يمنع بقاء ملكه كان اولى فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن
الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن
قول بعض المشايخ انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب وان اشترى بشرط الخيار وقوله على ما قررناه اشارة الى
قوله من قبل وتجب بعقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار الخ قوله واذا اخذها
اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت
بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما اي لاحد المتعاقدين من البائع والمشتري فله

ان ص

الاخذ بالشفعة اما البائع فلبقاء ملكه في التي يشفع بها فان اخذها بالشفعة كان نقضا للبيع لانه قرر ملكه واقدام البائع
على ما يقرر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لانه لو لم يجعل نقضا لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى
يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة ويتبين انه اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري وفيه اشكال وهو ما
ذكره الثلجي ان من اصل ابي حنيفة ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خياره والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان
تناقضا وقوله اوضحناه في البيوع قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله
ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل اذا كانت الحوالة رائجة كانت في حق السؤال كذلك لان الجواب
يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة
لاجل خيار البائع لا لاجل خيار المشتري قوله واذا اخذها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار
المشتراة كان الاخذ منه اجازة للبيع الاول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع وقوله بخلاف ما اذا اشتراها ولم
يرها ظ وقوله ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار له اي للشفيع ان ياخذها دون الثانية
وهي التي اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا
اول كلامه واضح وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد
اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله الا يرى ان النصراني اذا اشترى من نصراني دارا بخمر فلم يتقابضا حتى
اسلما او اسلم احدهما او قبض الدار ولم يقبض الخمر فانه يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة باق لان فساده بعد وقوعه
صحيحا قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز يعني الاخذ بالشفعة واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد
في حق الشفيع كما لم يثبت في حق الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلا مفسد ليصل الى
حقه ولا يلزم تقرير الفساد واجيب بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او الفساد في نفسه كجعل
الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساده فيه رجع المبيع بلا ثمن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو محال فلا يمكن انفكاك
البيع الفاسد عن مفسده فاما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع
الصحيح جواب عما يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان
المشتري في ذلك صار اخص بالمبيع تصرفا حيث تعلق بتصرفه الفسخ والاجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالماذون والمكاتب
اذا بيعت بجنب داره وفي الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا فيهما لكن في الخيار
المشتري يملك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف واعترض بانا
لا نسلم انه ممنوع عن التصرف بل له ان يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقض وفيه تقرير الفساد ايضا واجيب بانا لا نسلم
ان له ذلك بل هو منهي وقد يترتب على المحظور من الاحكام كالوطي حالة الحيض فانه يحلل المراة على زوجها الاول وتقرير
الفساد المامور بنقضه من الشرع ممتنع وفي الشرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك والبيع المحظور الصادر من العبد ليس
بمضاف الى الشرع واورد ان قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقريره كان كافيا وورود
الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لرفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه ليس لرفع الفساد لكنه اتى بالسؤال
والجواب اشارة الى ان الشفعة تستحق على المالك بملك غير محظور وعلى من صار احق بالمبيع تصرفا والمشتري بالخيار ان

داره

ام يكن

لم يكن مالكا فهو احق بالتصرف والمشتري شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند ابي حنيفة
وبالبيع من اخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء
ملكه وان سلمها الى المشتري فهو اي المشتري شفيعها لان الملك له لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث اخذ الدار المبيعة
بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا نقول المشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة
بشراء فاسد مع عدم الفساد في ذلك تقريرا فلا يجوز فان قيل الملك وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة
لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة بشراء فاسد فان بقاء ذلك
منع الشفيع عن اخذ المشتراة بالشراء الفاسد اجيب بان ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع عن الشفعة كقيام حق
المرتهن في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة
لم يكن بمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ
ما اشتراه بشراء فاسد ثم ان سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت
الشفعة لزوال ما كان يستحقها به كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم
بها ليس بشرط وان استردها اي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري
لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا يثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وان استردها بعد
الحكم بقيت الثانية لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال واذا اقتسم الشركاء
العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة • واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى
الافراز ولهذا يجري فيه جبر القاضي والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه
جارا بعد الافراز وهو متعذر واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او خيار شرط
او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق في هذا يعني فيما اذا كان الرد
بالقضاء بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء فاما ان يكون قبل القبض او بعده فان كان الاول فلا شفعة
لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء او رضا صاحبه او قضاء القاضي وان كان الثاني وهو مراد القدوري ففيه الشفعة
على ما ذكر في الكتاب قال الشارحون قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض
فيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وانما ذكره رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين
وما هو صحيح منهما فاما رواية الكتاب فمعناها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل واما رواية
الفتح فقد اثبتها الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو رده بخيار
الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة وفيه نظر سيعلم وانكر فخر الاسلام وتبعه الصدر الشهيد
وصاحب الهداية هذه الرواية كما ذكر في الكتاب والامام قاضي خان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت
التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرؤية غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون عين ما وقع
في الاولى او مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقارا او غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه فيما يوافقه فيكون مفيدا

باب ما يبطل به الشفعة

تاخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل

في التي اخذها بالشفعة كلاما انفك فان ثبت الشفعة لا ينقل الشراء الفاسد الى المعين الشفيع وصف الفساد هـ

البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط
حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق
والعتاق قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم يعني طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت الشفعة وانما فسر بذلك
لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله
في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله هنا لاعراضه عن الطلب هذا يعني اشتراطه بالقدرة
لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلوة فترك طلب المواثبة فهو على شفعته وكذا اذا علم
ان طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضحه فيما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض
اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض
عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز من الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر
المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمت شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى والفاصل
بين الملائم وغيره ان ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم لان الاخذ بالشفعة
يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملائم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط
بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به
الاستدلال وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان
يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من
الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض قوله وكذا لو باع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة
ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها
غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح
عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص
وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقررا واما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد
فلم يكن حقا متقررا وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف
او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت المخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت
العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان اخذ العوض اكل مال بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس
في هذا اي في بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية ابي حفص قيل وعليه
الفتوى ووجهه ان حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل
الكفالة ولا يجب المال والفرق بينها وبين الشفعة ان الكفالة لا يسقط الا بتمام الرضاء ولهذا لا يسقط بالسكوت وتمام الرضاء
انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية اي رواية ابي سليمان
في الكفالة يكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا يسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هي اي هذه الرواية المذكورة في
الكفالة خاصة يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال ويبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرف في موضعه في المبسوط قال

واذا مات الشفيع بطلت شفعته اذا طلب الشفيع الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي
بالشفعة وتسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته ان ياخذوها وان كان الثاني فلهم
ذلك وقال الشافعي في الاول كالثاني بناء على اصله ان الحقوق اللازمة ينتقل الى الورثة سواء كانت مما يعوض عنها او لم
يكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكونه حاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت والذي ثبت للوارث حادث (لحاجته صح)
بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا لو زال باختياره بان باع
سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في ان الثابت للشفيع حق ان يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات
المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته اي لا يقدم دين المشتري ووصيته
على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا وهو
الغريم والموصى له فان باعها القاضي او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه كما لو باعها المشتري في حياته لا يقال
بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لانه قضاء منه بخلاف الاجماع للاجماع على ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون
نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل القضاء بها فاما ان يكون باتا او بالخيار له فان كان الاول بطلت شفعته لزوال
السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك ولهذا اي ولان زوال السبب مبطل لزواله اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء
المشفوعة لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا اسلم صريحا او ابرأ عن الدين ولا يعلم ان له دينا عليه
وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري او استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا
واجيب بان المساومة والاجارة لم توضعا للتسليم وانما يسقط بها دلالة لانها على رضى الشفيع والرضى بدون العلم
غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها وان لم يعلم
واجيب بان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له
في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفعته لان الخيار يمنع الزوال فيبقى الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا
شفعة له ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة
ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري او ليشترى له كالموكل بالشراء فله الشفعة لما ذكر في الكتاب ان
الاول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لان الاخذ بالشفعة كالشراء في كونه رغبة في المشفوعة و
الشفعة انما تبطل بالرغبة عنها وكذلك اي كوكيل البائع لو ضمن للمشتري الدرك رجل عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة
له لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته
وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره الخ واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل منها او بحنطة او
بشعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته اما في الاول فلانه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر اقل
من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كانه قال سلمت ان كان الثمن الفا اراد انه تسليم مشروط بشرط فينتفي بانتفاء شرطه
وفيه نظر سيأتي بخلاف ما اذا ظهر اكثر من الالف فان مستكثر الالف اكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا واما في الثاني فلانه
ربما سلم لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به اذ الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد
فانه لو كان قيمتها اقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا

لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا كان اقل كان اولى ق كذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب لكونه في معنى المكيل بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فصار كما لو قيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كان قيمته اقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا حل التفاضل بينهما ولنا انهما جنس واحد في حق المقصود وهو الثمنية ومبادلة احدهما بالآخر متيسرة عادة واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار فالرضى بجوار شخص قد لا يكون رضى بجوار غيره قال محمد في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع وقد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع **فصل** لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل الاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله لان المشتري في الثاني شريك لانه حين اشترى الثاني كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله فان اراد الحيلة هذه حيلة يرجع الى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة والاولى يرجع الى ابطال حق الشفعة وقوله الا انه اذا استحق المشفوع استثناء من قوله وهذه اخرى يعني انها حيلة عامة الا ان فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار فيتضرر به اي يرجع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار وقوله والاوجه الخ تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة الاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة الاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير مثلا فلو اراد الشفيع ان ياخذها اخذها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف وقوله ولا يكره الحيلة اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان يكون للرفع بعد الوجوب او للدفع فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم فيسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكوة **مسائل متفرقة** ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو المعهود في ذلك لم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة الا هذه وقع الفاظه ظاهرة سوى ما ننبه عليه قوله فيتضرر به اي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة ضرر التشقيص فان اخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به

الدخيل ضررا زائدا وقوله هو الصحيح احتراز عما رواه القدوري قال روي عنهم ان المشتري اذا كان اثنين لم يكن للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله ان ياخذ نصيب احدهم بعد القبض لان التملك يقع على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه وقوله يعني له احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له ان يقبض من الدار حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله لان العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما اذا كان المشتري واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما وان لحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى كذلك واما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تم في كتاب البيوع ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او ترك وليس له ان ينقض القسمة بان يقول للمشتري ادفع الى البائع حتى اخذ منه سواء كانت القسمة بحكم او بغيره لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا اتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد الدار الى البائع وان كان له فيه نفع بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فانه لم يجر بين المتعاقدين فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرف كالهبة واطلاق الجواب في الكتاب اي الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو رواية عن ابي يوسف والباقي ظ **قال** وتسليم الاب والوصي الشفعة قد ذكر ان الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جد ابي ابيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد هؤلاء فهو على شفعته اذا ادرك فان ترك هؤلاء الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قال المشايخ وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة لكن عند ابي ح اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند ابي يوسف فيه وفي غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم اصلا وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي ان محمدا مع ابي ح في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافا لابي يوسف ومحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كالدية وفي بعض النسخ كديته بالنون والاول انسب لما عرف به وهو قوله والقود والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب له ولانه شرع لدفع الضرر وفي ابطاله اضرار به ولابي ح وابي يوسف انه في معنى التجارة لانه تملك العين فيملكانه يوضحه انه لو اخذها الولي بالشفعة ثم باعها من ياخذ جاز فكذلك اذا اسلمها اليه بل اولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه وضحه بقوله الا يرى وهو واضح وقوله ولانه دائر دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر في هذا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضرارا به وقوله وسكوتهما كابطالهما لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم اردفه بقوله وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها او بغبن يسير من المثل فان بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش قيل جاز التسليم بالاجماع يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تمحض نظرا

فى قوله ولا فرق في هذا اي في جواز اخذ الشفيع نصيب احد المشتريين بين ما اذا كان قبل قبض المشتري الدار او بعده

وقيل لا يصح بالاتفاق وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي ح رح لا يصح التسليم منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد رح ايضا لانهما لم يريا تسليمها اذا بيعت بمثل الثمن فلان لا يريا اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة اولى وانما خص قول ابي ح رح بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا تخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير ويمكن قال الاصح التسليم في هذه لان تصرفهما في ماله انما يكون بالتي هي احسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى ايضا خص قول ابي يوسف بقوله والرواية عن ابي يوسف لانه كان مع ابي ح رح في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان اصل وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما فهي مشروعة في الاعيان المشتركة لان النبي عم باشرها في الغنائم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنى من الافراز هو ان يقبضه بعين حقه والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان كل ما اخذ احدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين فاخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين الا ترى ان اخذ المثل في القرض جعل كاخذ العين يجعل القرض لذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها اظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل ما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما ولما استشعر ان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدا فلان يجوز بلا قصد اليه اولى وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من اجناس مختلفة كالغنم والبقر والابل لا يجبر القاضي الآبي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما كالامام في الامانة عليه قوله لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة لانه متى يصل اليه اجر عمله على كل حال لا يميل باخذ الرشوة

هذا الاستقبح في استحقاق الشفعة بالجوار فافهم

على ما كان ص

اي المكيل والموزون

الى البعض ويجوز للقاضي ان يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين اجرا لكن الاولى ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ وقوله عدلا مأمونا ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة قوله وان اصطلحوا فاقتسموا يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاح منهم فهو جائز لما ان في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة يعني اذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وتحقيقه ان القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بارباب الملك ليستوجب كل الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء ويزداد دقة بقلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل ايسر ويجوز ان يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله وان لم يكن للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصباء وهو العذر لو اطلق ولا يفصل يعني لو اطلق ابو ح في الجواب وقال اجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة اولا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير اكثر فكان اصعب فالاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد يعكس كما تقدم وقوله ولا يفصل تأكيد وبيان وقوله وعنه اي عن ابي ح رح ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا او غيره فان كان عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابي ح رح وقالا يقسمه باعترافهم وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما ان الامتناع عن القسمة اما ان يكون لشبهة في الملك او لتهمة في دعواه او لمنازع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق لان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق والغرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر ههنا فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة اي في الصك الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابي ح رح ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن هذا قالوا اذا اوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كانه اوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل ان التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة او بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد وذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بان يجعل احد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه فان قيل كل منهما

بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعى عليه اجاب بقوله لا يمتنع ذلك اى كونه خصما بسبب اقراره لجواز اجتماع الاقرار
مع كونه خصما كما في الوارث والوصي المقر بالديون فانه انما يقضى عليهما بالبينة بديون الميت وان كانا مقرين بها
وهذا لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دين اخر ودين المقر له باقرار
الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك
الا بالبينة قوله بخلاف المنقول لجواب عن قولهما كما في المنقول الموروث وهو على وجهين احدهما قوله لان في القسمة نظرا
الخ والثاني ان المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة ففي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار
عند ابي حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده وبخلاف جواب عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية فقد روي عن
ابي حنيفة رحمه الله في غير الاصول ان القاضي لا يقسم بينهم وسوى بين الشراء والميراث وجه ظاهر ما ذكره في الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى
على ملك البائع وان لم يقسم فلم يكن القسمة قضاء على الغير قوله وان ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث المدعو ومعناه ظ
قال المص هذه يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة رواية كتاب القسمة واعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيموا
البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير و
ان يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل ان يكون الاملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا اولى وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة
بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك
وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدعوى البينة فامتنع الجواز **قال** وان حضر وارثان واقاما البينة وان
حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين
وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب قيل قوله في ايديهم ومعهم وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح ايديهما لانها لو كانت
في ايديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه
لم يقسم واجيب بانه اطلق الجمع واراد المثنى بقرينة قوله وارثان وهو قاما لكنه ملبس وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب
وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبي لظهور نصيبهما ثم في يد الغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة يعني فيما اذا
كان معهما صبي عند ابي حنيفة رحمه الله كما اذا كان معهما غائب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا
البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة
على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح قوله يصير مغرورا لان المشترى من المورث صورته اشترى المورث جارية وماتت واستولدها
الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة
البينة وعدمها يعني فيما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه وقوله كذا اطلق في الكتاب يعني به قوله لم يقسم
من غير ان يذكر اقامة البينة وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لم اقسمها
باقرار الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده
وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما فالحاضر ان كان
خصما عن نفسه فليس ثمه خصم عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فليس ثمه من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر

المشترى صح

اثنين والباقي واضح **فصل فيما يقسم وما لا يقسم** لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهما **قال** واذا كان
كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه اذا طلب احد الشركاء القسمة فاما ان ينتفع كل بنصيبه او بعضهم ولا ينتفع منهم احد فان
كان الاول قسم القاضي بطلب احدهم جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه يريد به قوله
اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري
الجبر كقضاء الدين الخ وان كان الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب
وذكر الجصاص على قلب هذا وهو ان يطلب صاحب القليل القسمة ويابى صاحب الكثير ووجهه ظ وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما
طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه لان دليل القول الاول دليل احد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل
الجانب الاخر والاصح هو المذكور في الكتاب اي القدوري وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي
شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي والقضاء الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل وان كان الثالث
بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا يستضر كل منهما بالقسمة وطلب احدهما القسمة لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على
القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض
اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاد
المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين
فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي وقوله ويقسم القاضي كل مكيل وموزون ظ
وقوله ولا يقسم شاة وبعيرا يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب
الاخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة من اصل
واحد كالاجانة والقمقم والطست المتخذة من صفر لحقه بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة
من القطن والكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا
واحدا لاشتمال القسمة على الضرر بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا
بذلك قسمه بينهما ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا يعني ما تقدم من قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة
ان التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدراهم لم يكن مشتركا فيرد عليها القسمة فكان معاوضة بخلاف ثلاثة
اثواب اذا جعل ثوب بثوبين يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما القسمة وابى الاخر يقسم القاضي
بينهما ويعطي احدهما ثوبا والاخر ثوبين وكذا اذا استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر ثوبا وثلثة ارباع
ثوب فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز لانه تيسر
عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض وما عدا معاوضة
يحتاج الى التراضي وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو اما ان يكون
مع الرقيق شيء اخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا يكون فان كان صح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر اما عندهما ظ
واما عند ابي حنيفة رحمه الله فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم للشيء تبعا
وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا او اناثا لا يقسم الا برضاهما وان

كانوا ذكوراً او اناثاً لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس
كما في الابل والغنم ورقيق المغنم ولابي حنيفة ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة
لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم للفروسية وغير ذلك فتجمع نصيب كل واحد منهم في واحد
فانه سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافرازاً بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر
والانثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك لان حق
الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين وفي المالية فافترقا فان قيل لو تزوج او خالع على عبد
فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك اجيب بان القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم
فانه لا يحتاج اليه قوله واما الجواهر الخ فواضح **قال** ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون
عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى
ضرر لهما ولاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند التراضي لانه لم ينصب لتفاكن لو اقتسما
لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره في اول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم
يقسمها الا بتراضيهما قوله واذا كانت دور مشتركة ههنا ثلثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت او متفرقة
لا يقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت يقسم مطلقاً لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار
واحدة متلازقاً بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها
في اقصاها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل متفاوتة في معنى السكنى ولكن التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت
من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا يقسم قسمة واحدة وبما في الفصلين كلما هو لان
نظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله على ما مر يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله وان كانت دار وضيعة
او دار وحانوت الخ واضح الا ما نذكره انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي
ولا الكرخي وقوله لان اجارة منافع الدار بالحانوت الى منافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت اجرة لمنافع الدار
وقوله او بني حرمة الربوا هنالك اي في اجارات الاصل على شبهة المجانسة يعني ان كانت منافع الدار ومنافع الحانوت
مختلفة رواية واحدة يحمل حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة من منافع الدار والحانوت لاتحاد اصل السكنى المقصود منهما
واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس في التحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة والجنس
يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان في ذلك اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر الشبهة
دون النازل عنها قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان ويكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال
لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الناشية بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق ان
يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث الذات فلا يجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فيمتنع الاجارة
لشبهة الربوا **فصل في كيفية القسمة** لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع وجود
اصل القسمة الذي هو الموصوف **قال** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على
كاغذة ان فلاناً نصيبه كذا وفلاناً كذا ليمكنه حفظه ان اراد رفع تلك الكاغذة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ويعدله

يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يفرزه اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة اذ
البناء يقسم على حدة فربما يقع في نصيب احدهم شيء منه فيكون عالما بقيمتها ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ان امكن
ذلك ليقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيباً بالاول والذي يليه بالثاني والثالث الى ان يفرغ السهام ويكتب اسامي
ويخرج القرعة فمن خرج اسمه اولاً الخ قال الامام حميد الدين صورته ارض بين جماعة لاحدهم سدسها وللآخر ثلثها جعلها
ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها في كمه
فمن خرج اسمه اولاً فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه
وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والثاني والثالث الذان يليانه قوله وقوله في الكتاب واضح وقوله والقرعة لتطيب القلوب جواب الاستحسان
والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى
المال وتعيين المطلقة ولكن تركناه ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلعم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس في معنى القمار لان
اصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه واما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا
الجانب وانت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتوهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه
وذلك جائز الا يرى الى زكريا عم حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه احق بها لكون خالتها
عنده تطييباً لقلوبهم **قال** ولا يدخل في القسمة الدراهم جماعة في ايديهم عقار طلبوا قسمته وفي احد الجانبين فضل فاراد
احدهم ان يكون عوض الفضل دراهم وابى الآخر لم يرض بذلك لم يدخل الدراهم في القسمة وان تراضوا ادخلها لانه لا شركة
في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان احدهم يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته
قد لا يصل اليها وليس بين ما يصل الرجل اليه في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف
فيما اذا كان ارض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وابو حنيفة الى ان الارض
يقسم بالمساحة لانه الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه
فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد الى ان يرد على شريكه
بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا القدر
فلا يترك الاصل الا بها وهذه توافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم الدار مذارعة ولا يجعل لاحدهما على الآخر فضل من الدراهم
وغيرها كذا في بعض الشروح قوله فان قسم بينهم يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب
الآخر او طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه اولا فان امكن فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر سواء كان في ذلك شرط
في القسمة او لم يكن لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر
بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا يدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه امكن تحقيق
معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا يدخل الا بالشرط وان لم يكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة اولا
فان كان الثاني فسخت القسمة لانها مختلة لما فيه من الضرر ببقاء الاختلاط فيستأنف وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع دارا
او ارضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وانه
يجامع تعذر الانتفاع في الحال كالو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق وان كان الاول

يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص اعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك
بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى
التكميل يدخل وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي الافراز فقلنا يدخل عند التنصيص ولا
يدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع
وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة فقال
بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع ينظر القاضي في حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح
في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه اي دون رفع الطريق وان كان لا يستقيم رفع
طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره اي سعة الطريق وضيقه وطوله فقال
بعضهم نجعل سعة الطريق اكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك جعل على عرض الباب وطوله
لان الحاجة يندفع به فلا فائدة في جعله اعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان احد الشركاء اذا
اراد ان يشرع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان
بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء وهو المشترك
يجوز من غير رضى الشركاء وان كان المقسوم ارضا رفع من الطريق مقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لابد للزراعة من
ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر به ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج اليه يحتاج الى العجلة فيؤدي الى الايقاع
كذا في النهاية وبقية كلامه واضحة قال واذا كان سفل لا علو له صورة المسئلة ان يكون علو مشترك بين رجلين وسفله
لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة او
طلبا من القاضي القسمة وانما قيد بذلك لئلا يقال تقسم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح
عند ابي ح رح اذا ظهر ذلك فاعلم ان علماءنا اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو ح وابو يوسف يقسم بالذرع لان الاصل
في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة وقال محمد رح يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كانت ذراع بذراع
وان كانت قيمة احدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر
البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرها فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال
ابو ح رح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف
عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو والعكس من ذلك واستوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب
كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو ح رح بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما
شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات
في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل هو بناء معنى فقهي ووجه قول ابي ح رح ان منفعة السفل تربو
على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى
لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى
وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد رح ان المنفعة تختلف باختلاف

الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي ح رح في مسئلة
الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف
السفل فثلثة وثلثون وثلث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلثة وثلثون وثلث من سفل الكامل
في مقابلة ست وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام المائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون
وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من
السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلث وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك
تمام المائة وتفسير قول ابي يوسف رح ظ على ما ذكر في الكتاب قوله واذا اختلف المتقاسمون فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي
وشهد القاسمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا وكانه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول محمد كقولهما
وقوله ولانه اي التمييز لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم قيل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة
بتراضيهما اما اذا كان القاضي او نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء ان يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي صح

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة
اخر ذكرها والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان
كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر
قوله هذا اذا ادعى احدهما الغلط في القسمة وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى
لنفسه خيار الشرط فان اقامها فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا
استحلفوا لرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب ولا تحالف لوجود
التناقض في دعواه قال المص ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا يعني وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا اشهد على نفسه اي
اقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله واليه اشار من بعد بقوله
قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة
لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة ان هذا المعنى قد
وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض
موجودا اوجب ان لا يقبل دعواه اصلا وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول
خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما ان يكون يسيرا او فاحشا لا
يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي لان
الاحتراز عن مثله عسير جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضاء منهم لم يوجد وتصرف
القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد رح وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان
يقول للقائل ان يقول لا يسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه اما البيع
من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي وللقائل ان يقول يسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط

في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب
نقضها والصدر الشهيد حسام الدين كان ياخذ بالقول الاول وهو مختار المص وبعض المشايخ كانوا ياخذون بالقول
الثاني قوله ولو اقتسما دارا هو عين مسئلة اول الباب لكن اعاده لزيادة بيان وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق
على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله وكذا اذا اختلفا في الحدود قيل صورته دار اقتسمها
رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه واصاب الآخر جانب آخر وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى
كل واحد منهما ان البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده واقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه
لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح **فصل** لما فرغ من بيان الغلط
بين الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما ههنا ثلثة اوجه استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا
واستحقاق بعض شائع في النصيبين واستحقاق بعض شائع في احد النصيبين ففي الاول لا يفسخ القسمة بالاتفاق
وفي الثاني يفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم يفسخ عند ابي ح ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان
شاء رد ما بقي واقتسما ثانيا وقال ابو يوسف يفسخ ومحمد مع ابي يوسف على رواية ابي سليمان ومع ابي ح على رواية ابي حفص
وهو الصحيح وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان يكون
قيمة الدار الفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم
فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم
رجع بنصف ما في يده وهو ثلثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا
للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين اربعمائة وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلثة ارباع الف ومائتين قال
المص ذكر الاختلاف يعني القدوري في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار انه لا اختلاف في استحقاق
بعض معين من نصيب احدهما قال صاحب النهاية وضعف الحوالة هذه الى الاسرار وقيل سهو لان هذه المسئلة مذكورة
في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة واقول في قوله ذكر الاختلاف
في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز
ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا بالبعض فيكون تقدير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه
وح يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون
رضاه باطلة لان وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق
بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الآخر
فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراءه لكنه
يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت ولهما ان معنى الافراز لا يعدم
باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه ابتداء
بان كان دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلث نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم و
النصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقتسم الاثنان على ان ياخذ احدهما

فاقسما

نصيبهما

نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا جاز انتهاء جاز ابتداء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء
معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين لما ههنا
فلا ضرر بالمستحق وقوله وصورة المسئلة يعني مسئلة الكتاب لا المستشهد بها وقد عيناه دفعا لهذا اللبس قوله
ولو باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما ثم استحق النصف الباقي رجع
بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده الى قوله اعتبارا للجزء
بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع
وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقسم
الباقي بعد الاستحقاق قوله والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينقض البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة
والبناء على الفاسد فاسد ووجهه ان القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع
الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه
لمكان البيع فيه فيضمن نصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين
محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان
في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم للوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق
الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالديون وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأ
الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم جازت القسمة اي نفذت جوازها سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع
قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث او موصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض
ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى احد المتقاسمين
بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض
في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون
المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل ان يقول ان لم يكن دعوى باطلة لعدم التناقض فليكن باطلة
باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم يكن
القسمة تامة فلا يلزم ذلك **فصل في المهاياة** لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض
وهي المهاياة واخر عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واخال ان الترجمة بالباب اولى لان الكلام في باب دعوى الغلط
والاستحقاق والمهاياة ليست منها لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز ان يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهاياة
مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ وقد تبدل الهمزة الفا وتحقيقه ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة
ويختارها او ان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن
قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع
بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة
بعينها وبالحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى غيره

ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منهما في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايئ جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم لجواز ان يطلب الورثة المهاياة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايآ في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في المتن و التهايئ في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة ليتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين كذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التأقيت قيل قوله ولكل واحد ان يستغل ما اصابه يجوز ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك وهو المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان كذلك ايضا والاولى ان يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايآ ولم يشترط الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولم نذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فان كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه وعارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بغير رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايئ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه مؤخرها والآخر يطلب ان يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر امرهما القاضي ان يتفقا لان لكل منهما مزية فلا ترجيح لاحدهما اذ التهايئ في المكان اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان اكمل لان كل منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختارا من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة قوله ولو تهايآ في العبدين واضح وقوله وقيل عند ابي حنيفة رح لا يقسم اي قال بعض المشايخ عنده وقوله وهكذا روي عنه يعني روى الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ وقوله والاصح انه يقسم عنده ايضا قال الكرخي يعني قول ابي ح رح اي الدور لا يقسم ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا يجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع و تعليل الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وجه لبقاء قوله بلا تأويل وقوله ولو تهايآ فيهما واضح وقوله وجه الفرق يعني بين جواز التهايئ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله فيفوت

المعادلة لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله ولو زادت الغلة في نوبة احدهما يعني في الدار الواحدة وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي ح في الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة معتبرة بقسمة العين ومتى عين في الدارين لا يجوز للتفاوت وقوله لما بينا اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ وقوله اعتبارا بالتهايئ في المنافع يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في احدهما كياسة وحذاقة وكما يحصل في الشهر الاول من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايئ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين اولى ان لا يجوز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وقوله والتهايئ في الخدمة جوز ضرورة جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايئ في المنافع وبيان الضرورة ما سنذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقتسمان ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل التهايئ في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل ثمه هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما علة مستقلة وقوله ولان الظاهر وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب هو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الخ وقوله ولو كان نخل او شجر الخ واضح

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المص معناها لغة وشريعة فاغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال ابو ح المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم تعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع وقالا هي جائزة لما روي ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها يعني لانه تخلل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة وله اي لابي ح رح ما روي انه عم نهى عن المخابرة وقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فانها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث والربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر او معدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة وهي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل جاز لانهم ملكه غنيمة فكان ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة وهو اي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه ان يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترط المدة فيها بخلاف المضاربة قوله واذا فسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل



رب الارض وقوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان
الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث فى عمله اولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر
وقوله كما فصلنا اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ وقوله الا ان الفتوى على قولهما واضح
وقوله بيان المدة يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين
مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا لانه يصير فى معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله لانه اى لان عقد المزارعة عقد
على منافع الارض يعنى اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل يعنى اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هى المعيار
لها اى للمنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله وهو اى المعقود عليه منافع الارض ان كان البذر من قبل العامل او منافع العامل
ان كان البذر من قبل رب الارض ففى الاول العامل مستاجر للارض وفى الثانى رب الارض مستاجر للعامل فلا بد من بيان
ذلك بالاعلام وقوله فيما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة فى الخارج بقى اجارة محضة
والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم وقوله بيان جنس البذر وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج
فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج من اى نوع ولم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفى
الاستحسان بيان ما يزرع فى الارض ليس بشرط فوض الراى الى المزارع او لم يفوض بعد ان نص على المزارعة فانه مفوض اليه قال
وهى عندهما على اربعة اوجه قيام المزارعة باربعة اشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم ان يكون الجميع لاحدهما
او لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة فى الانتهاء واذا لم يكن من احد الجانبين شئ لم يتصور الشركة فتعين الثانى وهو
اما ان يكون بينهما بالنصف او باثبات الاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور فى المختصر ان يكون الارض والبذر
لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول فى الكتاب وان يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه
الرابع والثانى ايضا على وجهين احدهما ان يكون الارض لواحد والباقى لآخر وهو الوجه الثانى والآخر ان يكون العمل لاحد
والباقى لآخر وهو الوجه الثالث وهى جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور فى الكتاب سوى صحته والمذكور من بطلان
الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه جائز ايضا واعلم ان مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على ان المزارعة ينعقد اجارة
ويتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض ومنفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استيجار
ببعض الخارج والقياس يقتضى ان لا يجوز فى الارض والعامل ايضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص
فيهما دون البذر والبقر اما فى الارض فاثر عبد الله بن عمر رضه وتعامل الناس فانهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وكان
مستاجرا للارض ببعض الخارج واما فى العامل ففعل رسول الله صلعم مع اهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر
على رب الارض فكان مستاجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقى غيرهما على اصل القياس فكل ما كان
من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض والعامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ويكون
المنظور فيه هو استيجار الارض والعامل بذلك لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استيجار الآخر بها وكان
المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين لكن المنظور اليه ذلك والضابط فى معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو ان ما صدر
من فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر واذا عرف هذا فلا علينا فى تطبيق الوجوه على الاصل المذكور
فاما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه

الاستيجار بجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثانى والثالث مما فيه استيجار الارض
والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما
تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف والاصل يجوز ان يستتبع الاخس والفرع ووجه غير الظاهر ما قال فى الكتاب
لو شرط البذر والبقر عليه اى على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار جانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب
ان البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض
والبقر فلم تستتبعه وكذا فى الجانب الآخر فكان فى ذلك من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره
فكان باطلا ولقائل ان يقول استيجار الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان ارجح ويلزم الجواز وقوله كل ذلك
خلق الله لا مدخل له فى الدليل وانما ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة فى طبعها توهم ان ينسب الى القول بالطبيعة فدفع
ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدورى وهما فاسدان وقد ذكر المص حد ذلك وبقى عليه اشكال وهو ان صاحب
الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه اجر مثل ارضه واجيب بان منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا
مسلمتين الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيئا لان عمل العامل بامره فى القاء بذره
كعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل فى الوجهين وثمه وجه آخر لم نذكره جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد
والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر قال محمد فى كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعى عن واصل ابن ابى جميل عن
مجاهد انه وقع فى عهد رسول الله صلعم فالغى رسول الله صلعم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب
العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على احدهم مقصودا
به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه لا يستوجب
اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر
العامل قال ولا يصح المزارعة الا على مدة معلومة معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا يعنى قوله فى بيان شروطها و
الثالث فى بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ والاصل فى هذا ان كل ما كان وجوده شرط الجواز فعدمه مانع عنده لان
المشروط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وشيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسد وقوله
وصار كما اذا شرط رفع الخراج والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بان يكون دراهم مسماة بحسب الخارج او قفزانا
معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج شائعا نحو الثلث او الربع فانه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط و
الماذيانات جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض والسواقى
جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر كذا فى المغرب وقوله اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان فان العرف
عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وحكم العرف عند الاشتباه واجب وقوله والتبع يقوم بشرط الاصل يعنى لما كان
الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه ايضا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه
الشركة فكان معناه والتبع نصفه نصف الاصل وقوله لانه حكم العقد يعنى لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر
لانه موجب العقد فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء
واما شرط التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه لا يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدى الى قطع الشركة

بان لا يخرج الا التبن وكل شرط شانه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال واذا صحت المزارعة فالخارج على
الشرط المزارعة اما ان يكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض شيئا او لم تخرج فان اخرجت فالخارج
على ما شرط لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شيء للعامل
لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت الارض اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة اجاب بقوله لم
وان كانت الارض اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين
قبل التسليم فانه على المستأجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب
بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي تفرع الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا
هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين ان يخرج الارض وان لا تخرج
في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا يفوت بعدم الخارج فان اخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه
نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط
لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي ح وابي يو وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه
قيمتها اذ لا مثل لها قال المص وقد مرت في الاجارة قال صاحب النهاية نحو هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب
الاجارة الفاسدة في كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز
بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر
بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد لا يبلغ
اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكر ههنا وقال محمد له اجر مثله بالغا ما
بلغ الى ان قال وقد مرت في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس
كذلك واجيب بان هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة
بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب
ردها وقد تعذر فصار الى المثل ولا مثل لها فيجب قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج او لا فهو على الخلاف المار
ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان البقر لا يخلو في
الاجارة يجوز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فينعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب اجر المثل وقوله هو الصحيح احتراز
عن تاويل بعض اصحابنا القول محمد في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر ان المراد به يجب اجر
مثل الارض مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر
المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه وقوله واذا استحق رب الارض الخ واضح خلا انه محتاج الى الفارق
بين خبث يمكن في منفعة الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين خبث يمكن في عمل العامل ولم يوجب ذلك وفي كلام المص
اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو يحتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياجا
بالغا فكان الخبث شديدا فاوجبت وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بذلك المثابة بجواز
حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فالقت البذر في ارض وامطر السماء فكان ما يكون به شبهة الخبث فلم تورث وجوب ذلك

قر

قال واذا عقدت المزارعة في هذا بيان صفة المزارعة بكونه لازما او غيره وهو لازم في حال دون حال اما بعد القاء
البذر في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخ الا بعذر واما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته و
غير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو
استهلاك البذر في الحال كمن استأجر رجلا ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر
سوى ما التزمه بالعقد لانه التزام اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر
يفسخ به الاجارة كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده الا ببيع الارض فيفسخ به المزارعة ولو
امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان المنافع تتقوم بالعقد وهو لا يتقوم الا
بالعقد والعقد قوم بجزء من الخارج وقد فات قيل هذا الجواب في الحكم فاما بينه وبين الله تع فيلزمه استرضاء العامل لانه غره
في الاستعمال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة وقد مر الوجه في
الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث
وذلك لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد و
انتقلت الارض الى ورثته ربما يقلعون الزرع ويتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي واليه اشار المص بقوله فلو
كانت فيها ثلاث سنين الخ واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه و
لم يفصل بين ما نبت الزرع او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فيما نبت الزرع في السنة الاولى و
لم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل
لما سنذكر بعيد هذا واذا فسخت المزارعة بدين فادح اي ثقيل من قدحه الامر اي ثقله لحق صاحب الارض احوجه الى بيعها جاز
الفسخ كما في الاجارة وقد فسخت والتشبيه بالاجارة تشير الى انه اختيار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء
او الرضاء لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك وليس للعامل
ان يطالبه بكرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما يتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم
يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح ان لو كان البذر من قبل العامل
اما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثل عمله والبذر اذا كان من قبل العامل يكون مستاجرا للارض فيكون العقد
واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فبقي عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض واما اذا كان
البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستاجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله
على رب الارض باجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على صاحب
الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ثم فسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل بصورة في
صور ثلث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه واما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد
بعد فحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التاخير ان كان اضرار بالغرماء لكن
التاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزاء

الظلم ولم يذكر المص الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له
ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان
بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض
الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المص ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب
الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية **قال** واذا انقضت مدة
المزارعة اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك بقي الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع
حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة
الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهو مؤنة الحفظ
والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله لان في تبقية الزرع
دليل وجوب الآخر ووجه ذلك انا لو امرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان بقيناه بلا اجر تضرر رب الارض
فبقيناه بالاجر بعد يكون النظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقي
الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة والاشتراك في العمل وكلامه فيه ايضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى
النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير امره لا يقال هو مضطر لاحياء حقه فلا
يوصف بالتبرع لانه يمكنه من الاستيذان من القاضي فمنع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك
لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ذلك مكن منه ويخير رب الارض بين الامور الثلثة المذكورة في الكتاب بدليل ما قاله فان
قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا
يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فيرد عليه
بخلاف المزارع فانه يريد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله ولو مات
المزارع ظ وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان بقاء العقد بعد وجود المنهي الخ وقوله والمآل على الخيارات الثلثة يعني
المذكورة الآن في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكله اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله على ما بينا اشارة
الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ **قال** وكذا اجرة الحصاد والرفاع قد تقدم معنى الحصاد والدياس البيع الفاسد
والرفاع بالفتح والكسر هو ان يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه
المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان يتوهم اختصاصها بذلك فقال المص وهذا الحكم ليس بمختص
بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط
ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا
المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من اعمالها وغيره ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها وما لا
فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه الى البيدر اذا شرط شيء منها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروي عن
الامالي عن ابي يوسف انها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع وقال شمس الائمة هذا هو الاصح في ديارنا والمص
جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو من اعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما

وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباههما وهما ليسا من اعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك
وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه اليه خاصة وقوله
المعاملة ايضا قياس هذا اي المساقاة ايضا على هذا الوجه وقوله لانه مال مشترك سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار
ما كان وقيل باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا يرى ان نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية يقال لهم شركاء في القرية

كتاب المساقاة كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث
في معاملة النبي عم باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى
معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة والمساقاة هي المعاملة
بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان
يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة
عند ابي ح رح كالمزارعة وبه اخذ زفر رح وجائزة عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابن ابي ليلى رح وقال الشافعي المعاملة جائزة والمزارعة
لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخيل والكروم في ارض بيضاء يسقى بماء النخيل فيأمر بان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد
ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان الحقاها
بالمضاربة فجازت منعكسة عن المعاملة وقوله وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع
رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم عليها حتى يخرج بذرها على ان ما رزق الله فهو بينهما جاز اذا كان للبذر مما يرغب فيه وحده
لانه يصير في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر
يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله غرسا قد علق اي نبت ولم تبلغ
حد الاثمار ظ وقوله بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها معناه حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها
وقوله او اطلق في الرطبة يعني لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فان كانت
فهي جائزة كما لو اطلق في النخل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المص في كلامه قيدين لا غنى عنهما وكان يجب ان يقال
وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى يذهب اصولهما
لانه لا نهاية لذلك فكان معلوما وقوله لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت الذي سمياه بطلت المدة **قال** ويجوز المساقاة في النخل
والشجر هذا بيان ما يجوز فيه المساقاة وما لا يجوز فيه وخصص الشافعي جوازها بما ورد فيه الاثر حديث خيبر وكان في
النخل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان اثر خيبر خصهما لان اهلها يعملون
في الاشجار والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل في النصوص التعليل لا سيما على اصله فان بابه عنده اوسع لانه
يرى التعليل بالعلة القاصرة ويجعل وصفا قام دليل التمييز على كونه جامعا بين الاوصاف واما نحن فانا لا نجوزه بالعلة
القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان هذا النص بعينه معلول وموضعه اصول الفقه وقوله وليس لصاحب الكرم واضح
وقوله لما قدمناه وفي بعض النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب
البذر من العمل لم يجبر عليه الخ والحاصل ان المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب
البذر يلحقه ضرر في الحال بالقاء بذره في الارض فلم يكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه الاداء

الا بيع الكرم و عذر العامل المرض وقوله لم يرد به الشرع لانها جوزت بالاثر فيما يكون اجر العامل بعض الخارج قوله واذا
فسدت المساقاة واضح وقوله والخارج بينهما فللعامل ان يقوم عليه جواب الاستحسان ايفاء للعقد دفعا للضرر عنه واما
في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين ان شرطا انصافا لان
صاحب الارض استاجر العامل ببعض الخارج والاجارة ينتقض بموت احد المتعاقدين والباقي واضح مما ذكر نظيره في
المزارعة وقوله وهذا خلافه في حق الى جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار
وهو واضح وقوله والخارج بينهما يخص هذا والاول يعني صورة الموت سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير
اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره وان ابى خير الآخر بين الخيارات الثلثة بخلاف المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة
لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا ذكره في الكتاب وهو واضح **قال** وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات
المساقاة تفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات يريد به قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر
في الاجارة كالعيب قبل القبض الخ وقد بينا وجوه العذر فيها اي في الاجارة وكلامه واضح وقوله فيه روايتان يعني كون ترك
العمل عذرا روايتان في احديهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ملحق بمرض
وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر وتاويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه
النخل على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون تركه العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا
بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة
فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في
معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار بنصف ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها
بالارض فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشب ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر
بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها شجرا وجب قيمتها واجر مثله لانه
لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل العامل لانه متقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه
وفي تخريجها طريق آخر ذكره المص في كفاية المنتهى وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراء جميع
الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لكونها معدومة عند العقد
لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المص وهذا يعني المذكور في الهداية اصحهما لانه نظير من استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ
نفسه على ان يكون نصف المصبوغ للصباغ في ان الغراس له يجعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسد الاجارة
بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ
في ثوبه واجر عمله

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل
فان الزراعة انما يكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال
للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن الشرع احله لان فيه اضرارا
بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان رسول الله عم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان ياكل ذبايح
المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب

والظلم

والظلم والسفه واجيب بانه يجوز ان يكون ما كان ياكل ذبايح اهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي
ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع
باباحته ويتقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه الم لهم والذكوة الذبح واصل تركيب التذكية
يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكاء النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى قوله الذكوة شرط حل الذبيحة
الذبح شرط اكل ما يؤكل لحمه من الحيوان لقوله تع الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الآية استثنى من الحرمة
المذكى فيكون حلالا والمترتب على المشتق معلول لصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا لان غير
المذكى ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما تميز بالذكوة فلا بد
منها لتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما ثبت بالذبح الحل في الماكول يثبت
الطهارة في غيره لان الذكوة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله عم ذكوة الارض يبسها يعني انها اذا يبست من رطوبة النجاسة
طهرت وطابت كما ان الذبيحة بالذكوة تطهر وتطيب وهي يعني الذكوة اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين وهي الصدر
والحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن قوله والثاني كالبدل عن الاول واضح وانما قال كالبدل
لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت امارة البدلية فقال كالبدل ومن شرطه اي شرط الذبح ان يكون
الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي فانه يدعي ملة التوحيد وانما يحل ذبيحته اذا لم يذكر
وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تع وما اهل به لغير الله ومن شرطه ان يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء **قال** وذبيحة
المسلم والكتابي حلال ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتي به مذبوحا واما اذا ذبح بالحضور
فلا بد من الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تع الا ما ذكيتم ولما استشعر ان قوله تعالى
الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تع وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم
يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل
على النفي عما سواه ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية و
الذبيحة يعني يقدر على الذبح ويضبط اي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وان كان اي الذابح صبيا
او مجنونا قال في النهاية اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد و
صحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل اراد
به الآيتين المذكورتين وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور
في الكتاب والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك
قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس رض فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا يجوز وقوله واطلاق الكتابي ينتظم
كذا ظ وقوله لان الشرط قيام الملة فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه شرط في
معنى العلة وقوله ولا يؤكل ذبيحة المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه يريد به من اديان اهل الكتاب
اما اذا تمجس فلا يؤكل ذبيحته **قال** وان ترك الذابح التسمية ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارا كان او

اضطراريا عامدا او ناسيا قال الشافعي يستوي الجواز ومالك يستوي العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيح
ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل استدل الشافعي بقوله عم المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم سوى بين التسمية
وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبان التسمية لو كانت شرط الحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة
فانها لما كانت شرطا لم تجز من صلوة من نسي الطهارة لكنها سقطت بالعذر سلمنا انها شرط لكن الملة قيمت مقامها كما في الناسي
والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما
نذكره وعن الاستدلال بان الاثم الملازمة فانها يقتضي التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان
معهودة فيما اذا كان على الناسي هيئة مذكورة في الصلوة والجماع في الاحرام وههنا ان لم يكن هيئة يوجب النسيان في
ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكورة بوجوده ولمانع ان يمنع بطلان التالي ايضا
على مذهب مالك رح وعن المنزل بما ذكره في الكتاب يعني ان اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل
في حق العامد ولا عذر له واما ما استدل به المص بكونه مذهبا لبيان الشافعي مخالفا للاجماع فواضح والاستدلال
بظاهر قوله تع ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو التاكيد عن الاستغراق عن اكل
متروك التسمية وهو بظ قد يقتضي الحرمة من غير فصل وهو قوي لا محالة من مذهب الشافعي لانه مذهب ابن عمر رض والجواب
انه غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول لان ظاهره ما
يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل اللسان نحو ذلك ايضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع
بقوله تع وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تع ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه ووجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به الذكر
باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب في قوله ولا تاكلوا عام مؤكد عن الاستغراقية التي تفيد
التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فصار غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان
او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر
دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الاية واسع وقد قررناه في الا[illegible]
والتقرير والاجماع وهو ما بيناه يريد به ما ذكر في التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما
الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الخ والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عم حين سأله عدي عما اذا
وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم
والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في
ذكوة الاختيار يشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان الطاعة
بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة
قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تع شيئا غيره المسائل المذكورة ظ وقوله ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الى انه لو
قال غير مكسور لا يحرم هذا اذا كان يعرف النحو وقال الترتاشي ان خفضه لم يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه
كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد انه لا يرى الخطاء في النحو معتبرا في باب الصلوة

ونحوها لا يحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه لو قدمه او اخره لا باس به ولو قال سبحان الله او الحمد لله
يريد التسمية حل بلا خلاف والفرق لابي يوسف بين هذا وبين التكبير ان المامور به ههنا الذكر قال الله تع فاذكروا
اسم الله عليها صواف اي قائمات صففن ايديهن وارجلهن وهناك التكبير وهذه الالفاظ لا يكون تكبيرا ولو
عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين والفرق لابي ح رح بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة
على المنبر وقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المامور به هناك ذكر الله
مطلقا قال الله تع فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح
في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله واتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان في
رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله عم
الذكوة ما بين اللبة واللحيين وهو مقتضى جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة و
اللحيين وهو دليل للامام الرستغفني في حل ما تع عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وفي رواية المبسوط ايضا تساعده ولكن صرح
في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى اهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف
لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان
حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة قال والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمري
والودجان واختلف العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي الى الاكتفاء بالحلقوم والمري وذهب مالك الى
اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف الى اشتراط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين رجع اليه بعدما كان قوله كقول
ابي ح رح كما نذكره وذكر القدوري انه قول محمد ايضا وقال المص المشهور في كتاب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وذكر عن
محمد انه يعتبر اكثر كل فرد منها وهو رواية عن ابي ح واما ابو ح رح فقد اكتفى بقطع الثلث ايها كانت [illegible] وان قطع
الجميع فهو اولى وهو وجه رابع والاصح في ذلك قوله عم افر الاوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع
للافساد فيكون بكسر الهمزة انسب وبهذا قال بعد هذا لورود الامر به واحتج الشافعي بانه جميع الاوداج وما عد الاوداجان
فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف
لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمري اصلا واما المعنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو
انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رح بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه فان الاوداج جمع واقله ثلثة فيتناول المري و
الودجين وقطع هذه الثلثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء وجوابه سيجيء واحتج ابو يوسف بان
المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما مناب الاخر اذ كل منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المري
فان المري مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما
وهو قريب جوابه سيجيء واحتج محمد رح فان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر به والاكثر يقوم مقام
الكل فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة وهو قريب كما ترى واحتج ابو ح رح بان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام
واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجيه الى التعجيل في اخراج
الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام وحصل بهذا جواب ابي يوسف وبقوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين

فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب جواب مالك رح لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف
الى الواحد كما في قوله تع لا يحل لك النساء لان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فلا يكون كذلك وقوله
بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق قيل يعني اكثر المرخص فيه وهو الثلثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان الاكثر
باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان النصف الباقي في حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيئا وربما لوح الى هذا بقوله
احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والسن الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوع عنه جائز مكروه واكل الذبيح
بها لا باس به وقال الشافعي هو ميتة لقوله م كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة
استثناهما بالاطلاق عما يجوز اكله فيتناول الحرمة المنزوع والقائم ولان الذكوة فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا غير
مشروع فلا يكون ذكوة كغير المنزوع ولنا قوله م انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وهو بالاطلاق يقتضي
الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله م فانهما مدى الحبشة فانهم
لا يقلمون الاظفار ويحدون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع وقوله
ولانه آلة جارحة جواب عن دليله المعقول وتقريره انا لا نسلم ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فان ذاك
كل واحد منهما آلة جارحة تحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل وباقي كلامه ظ
سوى الفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة حجر حاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لا يقبل النقل فيكون في معنى
المنخنقة وقوله م لقد اردت ان تميتها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح ان التحديد للذبح وليس كذلك
لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه شواذ ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل محتاج اليه لمعرفة الكليات
وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيه فسره المص بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى
السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق وليس ثمة ثالث
واوتار وما ثمة شئ يسمى بالخيط اصلا ثم ذكر المص الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في
الذكوة قال وما استانس من الصيد فذكوته الذبح قدمنا ان الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا يصار الى الاول قبل العجز عن الثاني وهذا
تخريج ما ذكر في الكتاب في قوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وقال مالك لا يحل الاكل
بذكوة الاضطرار في الوجهين يعني ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لا حكم له وقلنا الالم النادرة ولئن كان فالمعتبر
حقيقة العجز وقد تحقق وقوله في الكتاب بريديا للعقري وكلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت
اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيرها الثاني والعكس يجوز ويكره لما ذكر في الكتاب في قوله لمعنى في غيره اي في غير الذبح وهو ترك
السنة وقوله اشعر معناه نبت شعره مثل اعشب المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن الحديث الذي استدلا به لانه لا يصلح
للاستدلال لانه روي ذكوة امه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال انه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه اقوى في
التشبيه من الاول عرف ذلك في علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكوة الجنين كما في قوله وعيناك عيناها وجيدك
جيدها سوى ان عظم الساق منك دقيق **فصل** ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشئ
مقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر اوصاف السبع لينبني على ذلك قوله كيلا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم والفرق
بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط المراد بذي الخطفة

ما يختطف

ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي الناب ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب
لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رض
انه سئل عن الضبع اصيد هو فقال نعم فقيل ايؤكل لحمه فقال نعم فقيل اشئ سمعته من رسول الله م فقال نعم فلا يكون حجة
اجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تع ويحرم عليهم الخبائث
وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طائر ابلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه واما
الغراب الابقع الذي يأكل الجيف نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي
سماه الابقع الذي يأكل الجيف فانه مكروه ونوع مختلط يأكل الحب مرة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه
عند ابي ح وعند ابي يوسف مكروه وكذا الغداف وهو الغراب الغيط لا يؤكل واصل ذلك ان ما اكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام فيكون
خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا باس باكله عند ابي ح رح وهو الاصح لان النبي
اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني انه ذو ناب وقوله وهي حجة على
الشافعي يعني نهي النبي م وانه لئن ثبت الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رض ان النبي م سئل عن الضب فقال لم يكن من
طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احله ولا احرمه وحديث ابن عباس رض قال اكل الضب على مائدة رسول الله م او في الاكلين
ابو بكر رض اجيب بان الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الحاظر على ان المبيح مأول بما قبل التحريم ولا يؤكل الحمر الاهلية
لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك تشبثا بما روي عن عائشة رض انها سئلت عن ذلك فقلت
قوله تع قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية وحديث غالب بن ابجر قال لرسول الله صلعم لم يبق من مالي الا حمرات فقال م كل
من سمين مالك والاستدلال لا يحل اكل الوحشي وهو ضعيف اما الاية فيجوز ان يكون قبل تحريم الحمر والدليل على ذلك حرمة
الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث فلانه مأول باكل ثمنها واما الاستدلال فلان من شرطه ان لا يكون الفرع
منصوصا عليه والنص الناهي عن تحريم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس قال ويكره لحم الفرس عند ابي ح رح كلامه واضح وقد اعترض
على قوله والحليم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها بانه ترك ذكر الحمل عليها فينبغي ان لا يحل الحمل عليها وهو فاسد فان الكلام
في ان ترك اعلى النعم والذهاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك وقوله والاول يعني كون الكراهة للتحريم اصح لانه
روي ان ابا يوسف سأل ابا ح رح اذا قلت في شئ اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ومبنى اختلاف المشايخ في قول ابي ح رح على اختلاف
اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي انه قال
اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك واضح والطافي اسم فاعل من طفا
الشئ فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافي هو الذي يموت في الماء حتف انفه من غير سبب فعلوا والجريث نوع
من السمك والمارماهي كذلك وقوله والحجة عليه ما روينا يعني قوله م احلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله ويستحب عليه فروع كثيرة
بيناها في كفاية المنتهي منها انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا ان قتلها
طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في حب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها
وهو يقدر على اخذها بغير صيد فتن فيها لذلك وان كانت لا يؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا
ماتت السمكة في الشبكة وهو لا يقدر على التخلص فيها او اكل شيئا القاه في الماء ليأكل فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها وهو

معنى ما انحسر عنه الماء وقال عم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله وفي الموت بالحر والبرد روايتان احدهما انه يؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو القاه الماء على اليبس والاخرى انه لا يؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من اسباب الموت في الغالب واطلق القدوري روايتين ولم ينسبه الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة لا يحل وعلى قول محمد يحل

كتاب الاضحية اورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي افعولة وكان اصله اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لثبات الياء وتجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي وفيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية وهدايا واضحاة وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى تذكر وتؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها ستذكر في اثناء الكلام وسببها الوقت وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظ وقد اضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلوة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب في العرض عنده وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها ملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة وهذا لانها وظيفة مالية نظر الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القربة المالية قد يحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق فحصل الاخير واما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال الاضحية واجبة كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلوة والصوم فانهما مختلفان فيهما لان المسافر يلحقه المشقة في ادائهما والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله ع من ترك سنتي لم ينل شفاعتي واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد يجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله لان الاضافة للاختصاص وقوله وهو اي الاختصاص بالوجوب لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب لا يجتمعون على ترك الواجب فاعترض بان السنة ايضا مفضية الى الوجود ظاهرا الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة واجيب بان الواجب مفضي اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير ان الاداء اختص باسباب اي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها وقت معين وقد يعوقه السفر قبل ان ياتي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف الا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا يبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهو اقوى حرجا من زيادة ثمن الماء وقوله

والمراد بالارادة جواب عما استدل به من قوله ع من اراد ان يضحي منكم فكان معنى قوله ع من اراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد الصلوة فليتوضأ وقوله والعتيرة جواب عما استشهدوا بها وقوله على ما قيل يشير الى ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المص وذكر في الايضاح انها عبارة عما اذا ولدت الناقة او الشاة ذبح اول ولدها فاكل واطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله ع كتب على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله ع ضحوا فانها سنة ابيكم ابرهيم وبان ابا بكر وعمر رض كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقه فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله وانما اختص الوجوب بالحرية بيان للشرط المذكورة في اول الباب وقوله لما بينا اشارة الى قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله لما بينا اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله وسنبين مقدارها اي مقدار الوقت وقوله لا يجب عن ولده يعني سواء كان صغيرا او كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن ابي حنيفة انها تجب عليه وقوله والاصح ان يضحي من ماله اي من مال الصغير ويأكل اي الصغير من الاضحية التي هي من ماله ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد رح وقيل لا يبتاع في جلد الاضحية من غير خلاف احد واما في لحمها فليس له الا ان ياكل او يطعم قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة كلامه واضح قوله وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز كما اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن ايضا وقوله يجوز في الاصح احترازا عن قول بعض المشايخ انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي ووجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد وقوله الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله اعتبارا بالبيع لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس وقوله وقد امكن يعني دفع الحرج لان باشتراء التضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به باس وقوله لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها الخ وقوله وما رويناه حجة على مالك والشافعي اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه بالاطلاق يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله علي رض حين قدم الكوفة وقوله اجزأه استحسانا يشير الى انه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله وقيل هو جائز قياسا واستحسانا والفرق ان المسنون في العيد هو الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام كلامه واضح قوله ويجوز الذبح في لياليها اي ليالي ايام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا يدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا الليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكره في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب

الشمس من اليوم الثالث عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروج وقتها جازت في الليلة لان الليالي تبع للايام واما الكراهة فلما ذكره في الكتاب في قوله والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية اما في حق الموسر فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية او سنة في احد قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في الافضلية الواجب والسنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقرب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولا شك ان الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني و الفقير وتشبيهه بالصلوة والطواف فان الطواف في حق الافاقي لفواته افضل من صلوة التطوع التي يفوت بخلاف المكي فان الصلوة في حقه افضل ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا او غنيا او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني عينها او لم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فوتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجمع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه من الاداء بجنس خلاف جنس الاداء **قال** ولا يضحي بالعمياء والعوراء هذا بيان ما لا يجوز التضحية بدون الاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب واليسير ما لا اثر له في لحمها والعوراء اثر في ذلك لانه لا تبصر بعين واحدة من العلف ما تبصر بالعينين وقلة العلف تورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها هي التي لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي اي مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضحة قوله وقيل معناه قول قريب من قوله اي قولي الاول وهو ان الاكثر من الثلث مانع لا ما دونه اقرب الى قولك الذي هو ان الاكثر من النصف اذا بقي اجزاء بالنسبة الى قول من يقول ان الربع او الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف ومحمد روايتان وقد تقدم وجه ذلك في انكشاف العضو في اول الكتاب في قوله لان القرن لا يتعلق به مقصود الا يرى ان التضحية بالاجم جائز والاقرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعيرات سود والوجاء نوع من الخصاء وهو ان يرض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله فتعينت يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله كما في نصاب الزكوة فانه اذا نقص بعدما وجبت الزكوة يسقط بقدره ولا يضمن رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال الا القربة فاذا هلك المال سقط الوجوب وعلى هذا الاصل يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس في قوله وعلى الفقير ذبحها لان الوجوب عليه بالشراء وقد تعذر وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام ان المشتري اذا كان موسرا لا يصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا يجب وروى الزعفراني عن اصحابنا انها لا يجب وهو رواية النوادر وقوله فانكسرت رجلها من باب ذكر الخاص وارادة العام فانها اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد بالاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس مخالفه لان دين الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معينة عندها فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله لانه حصل عقدمات الذبح دليل محمد ودليل

ابي يوسف ان الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعيب به من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبح الذي وجب بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر **قال** والاضحية من الابل والبقر كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزؤها ولهذا يتبعها في الرق والحرية لان المنفصل من الفحل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام فهو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القربة كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمدنا على ذلك ثم ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول لما كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الكل لعدم التجزي وقوله لما بينا انه قربة يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى وبعض الاراقة وقع نفلا ولحما فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير للحم مع نية القربة اذا لم تصادف محلها او كانت في غير وقت الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال **قال** وياكل من لحم الاضحية الاضحية اما ان يكون منذورة او لا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان ياكل منها ولا ان يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان ياكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما روينا يعني قوله فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله كالخل بالخاء المهملة والمعجمة والابازير التوابل جمع ابزار بالفتح وقوله في الصحيح احتراز عما قيل انه ليس في اللحم الا الاكل او الاطعام فلو باع بشيء ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز روى ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا باس بلبسه وقوله لان القربة انتقلت الى بدله لان ملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله لانه في معنى البيع لان كل واحد عقد معاوضة قوله من دمها كل ذنب تمام الحديث اما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا وقال ابو سعيد الخدري يا رسول الله هذا لآل محمد خاصة ام لآل محمد والمسلمين عامة فقال عم لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة وقوله حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر فيما اذا كان المضحي فقيرا ويكره ان يبدل بها غيرها اي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي وقوله فصار كما لو باع اضحية يعني انه لو باع اضحية واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى يتصدق بما فضل عن الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله ولكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لانه يملكها بسابق الغصب يعني فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي للتضحية لا يقال الاسناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصح ان يقال يظهر الاسناد فيه ولا يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فيكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من اصل وفرع ترد فيه الكراهة الا ترى ان وقت الاضحية من ليالي ايام

النحو في التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن في اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة في كتاب الكراهية ايضا
كذلك قوله واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه يرد عليه لبن الخيل على قول ابي ح في رواية هذا الكتاب حيث يجعل لبنه
حلالا انما لا باس واكل لحمه محرما مع ان لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو ان يقال بعد قوله فاخذ حكمه
فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما ان المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في
اللبن فكان شربه مما لا باس به وقوله انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته
ونار منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات وقوله لانه في معناه اي لان الادهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها لان
كلا منهما استعمالها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب او الفضة ويصب
الدهن على الراس واما اذا دخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية كذا ذكره
صاحب الذخيرة في جامع الصغير واراه مخالفا لما ذكره المص في المكحلة فان الكحل لا بد وان ينفصل عنها حين الاكتحال
ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهي حديدة عريضة والمنتحل المسن والنفر ما
يجعل تحت ذنب الدابة ولا بي ح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع حكي ان هذه المسئلة وقعت في دار ابي جعفر الدوانيقي
بحضرة ابو ح وائمة عصره فقال الائمة يكره فقيل لابي ح ما يقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل
له ما الحجة فيه فقال رايت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه ايكره فوقف كلهم وتعجب ابو جعفر **قال**
ومن ارسل اجيراله مجوسيا كلامه واضح وقوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل الحكم
او لى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما واتى برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله لما قلنا
راجع الى قوله لان الهدايا يبعث عادة على ايدي هؤلاء وقوله ولا يقبل فيها اي في العبادات قول المستور في قوله
جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به يعني اذا لم يطعن الخصم في ظاهر الرواية وهو الصحيح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون
الحجة ملزما وقد سقط اعتبار العدد وقوله يعني يعتبر فيها اي في الفاسق والمستور اذا اخبر بنجاسة الماء اكبر الراي
وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الاحرار اذا كانوا عدولا
كما في رواية الاخبار لانه يلتزم بنفسه ولا ثم يتعدى منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله اما ذكرناه اشارة
الى الهدية والاذن وقوله فان كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به يعني حكما لا في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد
الوضوء وان لم يترجح احد الوجهين قبل الاصل الطهارة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله اما التحري فمجرد ظن ففيه
احتمال الخطاء وقوله ومنها اي من الديانات الحل والحرمة يقبل فيها خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك
كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل والاطعام لانهما حق الله فيثبت بخبر الواحد
ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن
زواله فلا يقبل كما اذا اخبر رجل وامراة عدل للزوجين بانهما ارتضعا من امراة واحدة بل لا بد فيها من شهادة
رجلين او رجل وامراتين لان الحرمة هاهنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك كما نقل قد تقدم
قوله لانه لما قبل قوله اي قول المجوسي في الحل اولى ان يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير
مشروط فكان كلامه متناقضا اجيب بان ذلك كان ضمنيا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد

فيها ما كان قصديا **قال** ومن دعي الى وليمة او طعام قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله كصلوة الجنازة
قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها
سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال عم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه
اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر ليكون عاملا
لقوله عم من راى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله ولو كان على المائدة ينبغي ان لا يقعد يشير الى انه تقدم انما جاز
اذا كان المغني في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية واما اذا كان على المائدة فكان قاعدا مع القوم
الظالمين وقوله ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا رح اطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب و
الغناء فاللعب وهو اللهو حرام لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض
اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي عم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته
مع اهله **فصل في اللبس** لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس
لكثرة الاحتياج اليه **قال** لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لما ذكر الحرمة والحل واستدل على الحرمة بقوله عم انما
يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل الحديث الدال
على حله لهن اما ان يكون قبل فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ
فيجعل المحرم متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله عم من غير نكير و
ذلك انه قاطعة على تاخره فينتسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله عم هذان حرامان اشارة الى حرير
نفي له العموم اجيب بان المراد الجنس وان كان شخصا فغيره يلحقه به بالدلالة وقوله وقالا يكره يعني للرجل والمراة
جميعا بخلاف اللبس وقوله لها العمومات يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما
روي عن عمر رض انه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بالغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم
اعرضت عنا قال اني ارى عليكم ثياب اهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء وقوله والجامع كونه نموذجا يريد به ان المستعمل
يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة ليرغب في تحصيل سبب يوصله اليه وقوله لا فصل فيما روينا يريد به قوله عم
هذان حرامان على ذكور امتي وقوله والخز مسدى بالحرير قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء ووجوه
هذه المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب عند ابي ح لا
يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا باس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم
اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا واللحمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو
ايقاع الهيبة في عين العدو لبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله
لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن محمد انه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا باسا قال خرج رسول
الله عم ذات يوم وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة آلاف درهم وابو ح كان يرتدي
برداء قيمته اربعمائة دينار وقد قال الله تبارك وتعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده **قال** ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب
لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله عم هذان حرامان على ذكور امتي ولا بالفضة لانه في معناه فان قيل قوله عم هذان حرامان

(margin notes, left page:)
نحو قوله تعالى انما الحيوة الدنيا لعب ولهو
وقوله بضرب القضيب على جنب الحارس
وقوله فكذا قوله ... معطوف على
قوله ودلت المسئلة ص

على ذكورتها لكونه خبر الواحد لا يعارض قوله تعالى قل من حرم زينة الله الآية ولا يفيد لان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد به وقوله وقد جاء في اباحة ذلك آثار هو ما روي انه كان لرسول الله خاتم فضة وفصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رض انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي عم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عم آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي عم من معاذ فوهبه منه فكان في يده الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي ثم كان في يد عثمان زمنا حتى وقع من يده في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لاداة الحصر فيه ومن الناس من اطلق منهم شمس الائمة السرخسي فقال الاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبي عم ولانه ليس بحجر تعمل الحجر والطلا جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه وقوله كما روينا اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البراء ابن عازب انه لبس خاتم ذهب فقال كسانيه رسول الله ولان النهي عن استعمال الفضة والذهب سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته وكونه نوعي جاء وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب انه منسوخ لحديث ابن عمر رض ان النبي عم نهى عن ذلك وروي ان رسول الله عم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فكرهه رسول الله عم وقال لا البسه ابدا فرماه الناس قوله ويجعل الفص الى باطن كفه لانه روي عن رسول الله عم هكذا وقوله وعن ابي يوسف كل منهما يعني اختلف المشايخ في قول ابي يوسف منهم من حكم قوله مع ابي ح هكذا ذكره الكرخي وذكر في الامالي مع قول محمد والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم وقوله وهو الصحيح لان عامة المسلمين استعملوا في عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث ان النبي عم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وبدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا خرج في سفر عمد الى شجر يقال له رتم فشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امرأتي واذا اصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهي خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب **فصل في الوطي والنظر والمس** مسائل النظر اربع نظر الرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والاول على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير **قال** ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية القياس ان لا يجوز ان ينظر الى الاجنبية من قرنها الى قدمها واليه اشار قوله عم المرأة عورة مستورة ثم ابيح النظر الى بعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله الا وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه ارفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس رض بالكحل والخاتم والمراد مواضعهما وقوله ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والآثار الرصاص وقوله فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة لقوله عم لعلي رض لا تتبع النظرة النظرة فان لك الاولى والثانية عليك يعني بالثانية ان يبصرها عن شهوة وقوله ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي يوافق قاله للمغيرة بن شعبة رض لما اراد ان يتزوج امرأة والخافضة للجارية كالخاتن للغلام يعني ان الخافضة والختان ينظران الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة في حق الرجال

ومكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف واذا جاز الاحتقان جاز للمحتقن النظر الى موضعه **قال** وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم قوله خلافا لما يقوله ابو عصمة يعني سعد بن معاذ المروزي ان السرة احد حدي العورة فيكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي على ابي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المص لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظ فانهم يقولون العورة هي السوءتان دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سوءاتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه على العادة قوله لانه لا معتبر بها اي بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله وقد روى ابو هريرة جواب عن قول الشافعي ودليل على كون الركبة عورة وقوله وابدى الحسن بن علي رض سرته جواب عن قول ابي عصمة والشافعي وقوله وقال عم لجرهد جواب عن قول اهل الظ وقوله ولان الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة والكبائر ظ قوله لانهما اي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله ووجه الفرق اي فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو ان الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا الا ترى ان وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقتهما وان ابا ح رح جوز الصلوة في السفينة قاعدا لان دوران الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من جانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة **قال** وتنظر المرأة الى المرأة هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة ان تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية اي في الحمام وهذا دليل على انهن لم يمنعن عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظ في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا احوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك والى هذا اشارة في المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المص والاول اصح لان نظر الجنس اخف **قال** وينظر الرجل من امته هذا هو القسم الثاني من اقسام نظر الرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المص ظ وقيد بقوله من امته التي تحل له لان حكم امته المجوسية والتي هي اخته من الرضاعة حكم امة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطي فينتفي بانتفائه والعير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لانه اهلي نوع ستر من الاقتاب والثفر وقد قيل هو الاهلي ايضا وقول ابن عمر رض الاولى ان ينظر يعني وقت الوقاع روي عن ابي يوسف في الامالي قال سألت ابا ح عن الرجل يمس فرج امرأته وتمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر **قال** وينظر الرجل من ذوات محارمه هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين



[Margin notes, right page: ... قصة رسول الله ...; اذ لبس ...; الكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم واد بين الكوفة والبصرة ... ; ...]
[Margin notes, left page: رضي الله عنهما; وقوله ... ينظر الرجل ... ; جمع قتب وهو ... ; والثفر ... ; [illegible]]

من ذوات محارم جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي في القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو
محجوج بحكم الظهار فإنه ثابت اذا قال لامرأته انت علي كظهر امي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة
وقوله والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على ما قيل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية والمراد والله
اعلم مواضع الزينة ذكر الحال واراد المحل مبالغة في النهي على الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء
المتصل اولى وذلك كقوله تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محلها وقوله وهي ما ذكر في الكتاب يريد الوجه الخ ويدخل في ذلك
اي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة اما الرأس فلانه
موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد
موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب
بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وما في كلامه واضح وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة
اي في المحرم وقوله في الاصح متعلق بقوله او سفاح لان اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح فان بعض مشايخنا
قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزنا لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته
مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح انه لا بأس بذلك لما بينا انها محرمة عليه على التأبيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة
لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه وقوله ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة وهو
الحاجة الى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو خوف الشهوة وقوله الا اذا كان يخاف عليها استثناء من قوله ولا بأس وكلمة
فوق في قوله فوق ثلاثة ايام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة ايام ايضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين و
اذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة لان في المسافرة خلوة وقوله فان احتاج الى الاركاب اي اركابها في دواب المحارم والاصل في
ذلك ان لا يجوز مس ما يجوز النظر اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي عليه السلام كان يقبل رأس فاطمة رض ويقول اجد منها ريح
الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس مع الانتفاء عن الشهوة ما امكن قال وينظر الرجل من مملوكة غيره هذا آخر الاقسام
من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها اي ضرب علاوتها وهي رأسها بالدرة وقوله خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا
الى ما دون السرة الى الركبة ووجهه ما روي عن ابن عباس رض انه قال من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا الى موضع المئزر
ويعامل اهل الحرمين وجه العامة ما ذكر في الكتاب وقوله واما الخلوة بها والمسافرة معها يعني اذا امن بذلك على نفسه وعليها
فقد اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليه مال شمس الائمة وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد
وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد الضرورة فيمن يعني التي لا مدافع بها وفي المحارم مجرد الحاجة اي نفس الحاجة لا الضرورة وقوله
ولا بأس بان يمس ذلك اي المواضع التي يجوز النظر اليها اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا في المختصر واطلق في جامع الصغير
فقال رجل اراد ان يشتري جارية لا بأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقي
واضح وقوله وكذا المخنث في الردي من الافعال يعني من يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذي في اعضائه لين وتكسر باصل
الخلقة ولا يشتهي النساء فانه رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة
من الرجال هو المخنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب الذي جفت ماؤه وقيل المراد به الابله الذي لا يدري بالصنع بالنساء
انما همته بطنه اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح ان يقول قوله تعالى والتابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين

يغضوا

يغضوا من ابصارهم محكم فنأخذ به واليه اشار المص بقوله فالحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير
مستثنى بالنص وهو قوله تعالى والطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء اي لم يطلعوا اي لا يعرفون العورة ولا يميزون
بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك واضح وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن وهو
جواب عن استدلال مالك والشافعي به قال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير قال في النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده
بالنسبة ليتناول السعيدين والحسن وغيرهم اسمرة بن جندب لا يغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور
مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض وعورض بان نظر
الاماء الى سيدتهن استفيد من قوله او نسائهن فلو حملت هذه الآية على الاماء لزم التكرار وبان الاماء لو لم يكن مرادة من قوله
او نسائهن وجب ان لا يكون مرادة من قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ايضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا اشكل
على احد ان للامة ان تنظر الى سيدتها كالاجنبيات والملاك ان لم يزد توسعة فلا اقل ان لا يزيد ضيقا واجيب عن الاول
بان المراد بالنساء الحرائر المسلمات التي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن ابن عباس رض
والظاهر انه اريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت او غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد من
قوله او ما ملكت ايمانهن الاماء وعن الثاني بان حال الاماء يقرب من حال الرجال حتى يسافر بغير محرم فكان يشكل انه يباح لها التكشف
بين يدي امتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والباقي واضح

فصل في الاستبراء وغيره

اخر الاستبراء لانه احتراز عن وطئ مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية اي طلب براءة رحمها
من الحمل واوطاس موضع على ثلث مراحل من مكة كانت وقعة للنبي ع م الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة اما وجوبه فبحديث
سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ووجه الاستدلال انه ع م نهى عن الاستمتاع
ابلغ نهي مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه
هو الموجود في مورد النص واما علته فهي ارادة الوطئ فانه لا يحل الا في محل فارغ فوجب معرفة فراغه واما حكمته فهو لتعرف
براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم بان
لا يكون من بغي وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطئها حملا للحال على
الصلاح اما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه واما العلة ههنا فكذلك لان الارادة امر بطن لا يطلع عليه الا
بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطئ فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده
والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا في المسببية ثم تعدى الحكم الى سائر
اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بان جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بان جعلت بدلا فيها فان قيل
الموجب ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها فالجواب ان غيرها في معناها حكمة وعلة
وسببا فالحق بها دلالة واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان باع ابوه او وصيه وان كان لا يتحقق شرعا فيحتاج
الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة وممن لا يحل له وطئها لكونها اخته رضاعا او وهبها وهي موطوءة
ابيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد ولا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وقال ابو يوسف يجتزأ
بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة

بعدها اى بعد اسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب فان السبب استحداث الملك واليد وهى انما يكون بالقبض و
لامعتبر بالحكم قبل السبب ومابعده واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لايسبق
السبب ولايجب الاستبراء على الآبقة يعنى التى ابقت فى دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه
بوجه من الوجوه فكذلك عند ابى ح لانهم لايملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم ملكوها وقوله
وحرم الدواعى لافضائها اليه اى الى الوطى كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطيها وحرم دواعيها لافضائها اليه وقوله
ولم يذكر الدواعى فى المسبية يعنى فى ظاهر الرواية وعن محمد انها لاتحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهى المسبية
الى الفرع وهو غيرها حيث حرمت الدواعى فى غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور فى
الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدى ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغير شرط القياس كما عرف
فى موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثانى ان ما دل على حرمة الدواعى فى غير المسبية امران الافضاء والوقوع فى
غير الملك فانه لم تحرم بالثانى فلتحرم بالاول لان الحرمة توجد بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما
تقدم ولابعد ان يكون للاحق دلالة حكم للدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعى فى هذا الباب مجتهد
فيه لم يقل بها الشافعى واكثر الفقهاء فلما كان علتها فى المسبية امرا واحدا لم يعتبر ولما كان فى غيرها امران تعاضدا اعتبرت
وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة فى المشتراة اصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى قوله م ولا الحبالى حتى يضعن
حملهن وقوله وان ارتفع حيضها اى امتد طهرها فى اوان الحيض لا يطأها حتى اذا تبين انها ليست بحامل جامعها لان
المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضى مدة تدل على ان الحبل لو كان لظهر وليس فيها تقدير فى ظاهر الرواية عن ابى ح و
الآن مشايخنا قالوا يستبين ذلك بشهرين او ثلثة اشهر على ما ذكر فى الكتاب الخ قيل والاول اصح وهو ان يتركها بشهرين او ثلثة
لظهور الحبل فى ذلك غالبا وقوله ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها لف ونشر يعنى يشتريها ويقبضها اذا زوجها البائع و
يقبضها اذا زوجها المشترى قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له
والحيلة لامثيه هذه الحيلة ان تزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعنى بعد القبض
لانه ان طلقها قبلها كان على المشترى الاستبراء اذا قبضها فى اصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها
والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كانه اشتراها فى هذه الحالة وليست فى نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء وقوله اذا لم يكن
فرجها حلالا لا يجب الاستبراء لان القبض اذ ذاك ليس بمكن من الوطى والممكن منه جزء العلة الاخرى ان تزويج المشترى ان
كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن وقوله كما اذا كانت معتدة الغير يعنى اذا اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها
بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشترى فلما لم يجب وقت الاستحداث
لم يجب بعده لعدم تجدد السبب **قال** ولا يقرب المظاهر ولا يلمس هذه المسئلة ليست من مسئلة الاستبراء لكنها مذكورة فى كتاب
الصيغة استطرادا فان الكلام لما انساق فى الاستبراء الى حرمة الدواعى وفى هذه المسئلة حرمة الدواعى ذكرها وجوز ان يقال
صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره وقوله لان الحيض شطر عمرها قال فى النهاية اى يقرب من شطر عمرها وهو عشرة
ايام فى كل شهر فكان قريبا بخمسة عشر يوما وهى نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال
الشافعى علينا بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله ومن له امتان اختان فقبلهما هذه على ثلثة اوجه اما ان قبلهما او لم يقبلهما

اوقبل

اوقبل احديهما فان لم يقبلهما اصلا كان له ان يقبل ويطأ ايتهما شاء سواء كان اشتراهما معا او على التعاقب وان كان قبل احديهما
كان له ان يطأ المقبلة دون الاخرى اما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره
فى الكتاب وهو مذهب على رض عملا باطلاق قوله تع وان تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رض يقول احلتهما آية يعنى قوله
او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما آية يعنى قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والاصل فى الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد
وجد وهو ملك اليمين قال المص ولا يعارض بقوله او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم لا يقال لا يجوز ان يكون المراد
الجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطى فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع
بينهما وطئا فوجب ترجيح المحرم والباقى واضح قوله وكذا الكتابة كالاعتاق كلمة كذا زائدة وقوله فى هذا فى انه يحل
وطى الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها
لغيره فكان ينبغى ان لا يحل له وطى الاخرى واجيب بان الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطيها فجعل زوال الحل
عنها كزواله بالتزويج فيحل له ان يطأ الاخرى وقوله ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل الخ واضح وعن عطاء ره ان ابن عباس رض
سئل عن المعانقة فقال اول من عانق ابرهيم خليل الله صلوات الرحمن عليه كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح
قيل له فى هذه البلدة ابرهيم خليل الرحمن فقال ما ينبغى لى ان اركب فى بلدة فيها ابرهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين و
مشى الى ابرهيم فسلم عليه ابرهيم واعتنقه فكان هو اول من عانق والشيخ ابو منصور ره وفق بين الاحاديث فقال
المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المص بقوله فى ازار واحد فانه سبب يفضى اليها فاما على وجه
البر والكرامة اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس به وعن سفيان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم
يذكر القيام تعظيما للغير وروى انس رض ان النبى ع م كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم ابى القاسم ره انه كان اذا دخل
عليه احد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له فى ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون
منى التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون منى ذلك وانما يطمعون جواب السلام و
الكلام معهم فى العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام **فصل فى البيع** اخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس
والوطى لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم **قال** ولا بأس
ببيع السرقين كلامه واضح وقوله فى الصحيح احتراز عن الرواية الاخرى وهى ان الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله
على اى وصف كان يعنى حرا كان او عبدا مسلما او كافرا رجلا او امرأة وقوله المأمور من قبل يعنى فى فصل الاكل والشرب فى
قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد فى المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اى وصف كان اجيب
بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته او لوجاهته وقوله
لان اكبر الرأى يقوم مقام اليقين يعنى فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الا ترى ان من تزوج امرأة فادخلها عليه
انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على
غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رأيه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رأيه
انه هارب من لص لم يعجل بذلك وقوله الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك كدرة فى يد فقير لا يملك شيئا او كتاب فى يد جاهل

لم يكن في ابائه من هو اهل لذلك في يستحب له ان يتنزه وقوله وان كان الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا كله مبني على قوله
ومن علم بجارية انها لفلان فرأى آخر يبيعها يعني ان الآتي بالجارية اذا كان عبدا او امة وقال الآخر وهبتها منك فليس للآخر
ان يقبلها عنه ولا ان يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المنافي للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق التصرف
في حق من رآه في يده لا يحل له الشراء وقوله وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر بالراء المهملة اي المانع فلا بد من
دليل وقوله ولو ان امرأة اخبرها ثقة بناء على ان القاطع اذا كان طارئا ولا منازع للمخبر يقبل قول الواحد فان كان
ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من انضمام اكبر رأي المخبر له واذا ظهر ذلك سهل تعليق الفروع عليه وقوله لان
القاطع طارئ فيه والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع واعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد
النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجد آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت
للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب ملكه فيها ليس كذلك باستصحاب الحال وخبر
الواحد اقوى منه والباقي واضح قال واذا باع المسلم خمرا كلامه واضح وروي محمد انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء
بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك لقضائه وقوله ويكره الاحتكار
افتعال من حكر اي حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلاء وقوله فان لبس فهو مكروه في الوجهين يعني في الاضرار وعدمه
وقوله ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا قفيزا بمائة ويشتري بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين
وقوله يرى الحجر لدفع ضرر عام يعني كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس وقوله وليس للشرب من ضرورته الحمل لان الشرب
قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية وقوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء واضح
ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان الوديعة فلا فرق بين صورة الوديعة والقرض ويجوز ان يجعل قوله
يأخذ منه ما شاء خارجا مخرج المشروط يعني وضعه بشرط ان يأخذ منه ما شاء واما اذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو وديعة
ان هلك لم يضمن شيئا **مسائل متفرقة** التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في
تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد به نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل هو امر بتعلم
القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل انه حث على ان لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لان غيره انما
يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمامونين عليه وقوله ذكرناه من قبل يعني في فصل القراءة من الصلوة وقوله
ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني قيد بهما لان في عيادة المجوس اختلافا بين المشايخ فمنهم من قال لا بأس لانهم
من اهل الذمة وهو المروي عن محمد ومنهم من قال هم ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى الا ترى انه لا يباح ذبيحة
المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح انه لا بأس لانه مسلم والعيادة
من حقوق المسلمين وكلامه واضح قال ومن كان في يده لقيط لا اب له ذكر في النهاية ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق
هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج وهي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انسان لو قبضت او قبضها ابوها
او زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب
الاصابة من كل جهة من وجد الولاية ومن وجد العول والنفقة ومن وجد العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس
بلازم كذا ذكره فخر الاسلام واموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله واجارة الصغار في اكثر النسخ وهو

رواية القدوري وفي بعضها واجارة الاظآر وكلامه واضح وقوله ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره يناقض قوله واجارة
الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالاول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم
من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظآر كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بان
وقع في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله ولا يجوز في المال العم
يعني فان كان في حجره وقوله ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز قال في النهاية اي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب
اجارة العبد وقوله ويكره ان يجعل في عنق عبده الراية الراية الغل يجعل في عنقه علامة يعلم بها انه آبق قال
في النهاية واما الداية بالدال فغلط كذا في المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الاباق اما في زماننا فلا بأس به
لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وقوله يريد به التداوي احتراز عما لو اراد به التسمين فانه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته
اي باباحة التداوي الحديث قال عم تداووا عباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام و
الهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل على الله دون الاسباب قال الله تعالى لمريم و
هزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام وقوله الا انه لا ينبغي ان يستعمل
المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قيل اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره
يجوز الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل ان عبد الله قال ذلك في داء عرف
له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز ان يقال ينكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام
وانما يكون بالحلال قال ولا بأس برزق القاضي اذا قلد السلطان رجلا القضاء لا بأس ان يعين له رزقا بطريق
الكفاية لا ان يشترط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي عم بعث عتاب بن اسيد رض الى مكة وفرض له اربعين اوقية في
السنة والاوقية بالتشديد اربعون درهما وتكلموا في انه عم من اي مال رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال
فان الدواوين وضعت في زمن عمر رض فقيل انما رزقه من الفيء وقيل من المال الذي اخذه من نصارى نجران ومن الجزية
التي اخذها من مجوس هجر وقوله على الاختلاف معروف في نفقة المرأة يعني على قول محمد يجب رد حصته ما بقي من السنة
وعلى قول ابي يوسف لا يجب قياسا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة رد نفقة
ما بقي عند محمد خلافا لابي يوسف وقوله ولا بأس ان يسافر الامة الخ قيل هذا كان في الابتداء اما الآن فكره ذلك
لغلبة اهل الفسق وقوله وقد ذكرناه من قبل اشارة الى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله واما الخلوة بها والمسافرة
فقد قيل يباح كما في المحارم **كتاب احياء الموات** مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان يكون
من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب للخصب في اقوات الانام ومشروعيته بقوله
من احيى ارضا ميتة فهي له وشرطه سنذكره في اثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة وحكمه تملك
المحيي ما احياه قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه
وما اشبه ذلك بان غلب عليه الرمال او صارت سبخة بالميت من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمي مواتا واحياؤه عبارة
عن جعله بحيث ينتفع به قوله فما كان منها عاديا ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من ان يكون منسوبا الى عاد لان عادا
لم يملك جميع اراضي الموات ولكن مراده ما تقادم خرابه كما ذكره في الكتاب في قوله او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له

مالك بعينه قول بعض المشايخ وقال بعضهم الاراضي المملوكة اذا انقرض اهلها فهي كاللقطة وقوله واذا لم يعرف مالك من تتمة
قول محمد وقوله فيدار الحكم عليه اي على القرب مرجع حكي عنهم من قوله قريبا وقوله ثم من احياه واضح وقوله وما رويناه يعني
انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله
من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والآخر كقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ان يأذن للغازي بهذا القول
فكان لك منه عم اذنا لقوم معينين فيجوز ان يكون قوله عم من احيى ارضا مواتا فهي له من ذلك القبيل حملا له ان
ذلك يحتمل التاويل وما ذكره ابو ح رح مفسر لا يحتمله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو ان قوله عم من احيى ارضا ميتة
فهي له يدل على التسبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لذلك وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا
باذن الامام وقوله عم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله والاصح انه لا اول يترجح عما من المشايخ
بيانه ان المشايخ اختلفوا في ان احياء الموات يثبت ملك الاستغلال وملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه ابو القاسم احمد
البلخي الى الاول قياسا على من جلس في موضع مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه واعرض بطل حقه وعامتهم الى الثاني لا
بالحديث فانه اضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث
على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي ح رح ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه و
ان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله
وقوله ليتعينها الطريقه لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا احياه الرابع فقد احيى طريقه
من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال ويملك الذمي بالاحياء المسلم والذمي يملك ما احيا سواء لاستوائهم في السبب
والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء
على اصلنا كالمسلمين قوله ومن حجر ارضا يجوز ان يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول اعلم بوضع الاحجار حوله
لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني اعلم الحجر الغير عن احيائها فكان التحجير هو الاعلام فاذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين
اخذها ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلث سنين
وقيل لا يفيد وهو مختار المص اشار بقوله هو الاصح قيل وثمرة الخلاف يظهر فيما اذا احياه انسان آخر قبل مضي ثلث سنين
واحياه فانه يملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رض ليس لمتحجر حق بعد ثلث سنين فيكون له الحق في ثلث
سنين مطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الاصح ما ذكره في الكتاب كما الجواب عن استدلالهم ان
ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله من غير ان تهم المسناة هو ما يبنى للسيل ليرد الماء وقوله في الاخير يريد حفر البئر وورد الخبر
وهو ما روي ان رسول الله صلعم قال من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا وقوله المتحقق حاجتهم اليها حقيقة يعني عند محمد ودلالة
عند ابي يوسف وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله لا يجوز
ان يقطع الامام يقال اقطع السلطان رجلا ارضا اي اعطاه اياها وخصصه بها وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل حولها وقوله الاربعون من كل الجوانب يعني يكون في كل جانب عشرة اذرع لظاهر
قوله عم من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه لظاهره بجميع الجوانب الاربع والصحيح انه من كل جانب لان
المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كيلا يحفر احد بئرا اخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع

بعشر

بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف في الصلابة والرخاوة وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يتيقن برفع
الضرر وقوله والناضح البعير وقوله ولنا ما رويناه يريد به قوله من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا من غير فصل بين
العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن والناضح واجيب بان ذكر ذلك
اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب في انتفاع الابار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكرا لجميع الانتفاعات كما في
قوله تع وذروا البيع قيد بالبيع لما ان الغالب في ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تع ان الذين ياكلون اموال اليتامى
ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من امر الاكل فاخرجه مما عليه الغالب والدليل على ذلك ما روى
ابو يوسف قال حدثنا اشعث بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البئر اربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا والآبار
عليه اخذ في حريمها آبار وقوله والعام المتفق على قبوله والعمل به يريد قوله عم من حفر بئرا لانه كلمة من يفيد العموم
اولى عنده اي عند ابي ح رح من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد به حديث الزهري حريم العين خمسمائة ذراع و
حريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ورد عموم الاول بان معناه من حفر بئرا للعطن فله مما
حولها اربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما ترى واجيب بان عطنا ليس صفة للبئر حتى يكون مخصصا وانما هو بيان لحال
الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فانه يأبى استحقاق الحريم لان عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه باعتبار
ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به فان قيل فاتركه في الناضح ايضا بحديث الزهري لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه
فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما رويناه اشارة الى قوله عم حريم العين خمسمائة
ذراع وقوله والذراع هي المكسرة يعني ان يكون ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها تنقص
عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله لما بيناه اشارة الى ما ذكر في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس
توسعة على الناس فانها هي المكسرة قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كلامه واضح وقوله ان يطمه اي يصلحه ويكبسه
من باب تجنيبي زيد وكرمه في كون العطف للتفسير فان اصلاحه كبسه وقوله وذكر طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم
الاولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز وقوله وبه ورد
الحديث يريد به ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة
الاولى الى النبي عم من الحريم خمسة اذرع واطلق الآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه
قوله ومن كان له نهر في ارض غيره ذكر في شرح الطحاوي لو ان نهر الرجل وارضا على شاطئ النهر للآخر فتنازعا في المسناة
فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه كان المسناة لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل كان لصاحب
النهر منعه عن ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رح المسناة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه
في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكر في النهاية وظاهر كلام المص
ينافيه وقوله فيكون له حريم اعتبارا بالبئر يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كما في البئر
والعين فيتعدى الحكم منهما اليه وكذا ان القياس ياباه على ما ذكرناه يعني قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم الخ وفي البئر
عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله والحاجة الى الحريم فيه اي في البئر جواب عما يقال
هب انه على خلاف القياس فليلحق به بالدلالة ووجهه ان الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى والمساوي والامر فيما نحن فيه

فجعل له النبي عم ص

فيها قيل حقا لانه صاحب الارض اذا
اراد زرعها اي هدمها كان لصاحب
النهر ص ص

ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اى البئر يعنى القليب فوق الحاجة اليه فى النهر لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن فى البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فيتعذر الالحاق وقوله ووجه البناء الى قوله والعقل لصاحب اليد من جهتهما وقوله وبعدم استحقاقه الخ من جهة ابى ح وقوله اما صورته فلا يستو انهما يشيران الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهى لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لالقاء طينه وقوله تقضى للذى فى يده ما هو شبيه بالمتنازع فيه هو الموعود بقوله على ما نذكره وقوله والقضاء فى موضع الخلاف اى فى مسئلة من كان له نهر فى ارض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك فلو اقام صاحب النهر البينة بعد هذا على ان المسناة ملكه يقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضى عليه فى حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله ولا نزاع فيما به استمساك الماء جواب عن قولهما ان الحريم فى يد صاحب النهر باستمساك الماء وهو واضح وقوله والمانع من نقضه جواب عن قولهما وكهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه تبين بها موضع الخلاف وقوله ليس لهما عليه اى المسناة تابع الحريم **فصل فى مسائل الشرب فصل فى المياه** لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة اصله شفهة اسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها هٰهنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وصفة النهر بالكسر والفتح خافته وانث ثلث فى قوله الناس شركاء فى ثلث لان الفصيح فى الكلام اذا لم تذكر المعدود ان تذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله من صام رمضان واتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق فى الايام لا فى الليالى ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام انثه وقوله شركاء يريد به الاباحة فى الماء الذى لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والانهار واما الكلاء وهو ما لا ساق له فاما ان نبت فى ارض شخص وانبته فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا ان احدا لا يدخل فى ملكه الا باذنه فان لم يجد فى غير ذلك الموضع فاما ان يخرج له صاحب الارض او يأذن له بالدخول وان كان الثانى فهو حق به وليس لاحد ان ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب واما النار فمن اوقد نارا فى ارض ليس لاحد فيها حق فلهم ان ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وان يعمل بضوئها واما اذا ارادوا ان يأخذوا الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم وحطب قد احرزه الموقد ليس مما تثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله الناس شركاء فى ثلث وقوله حتى لو سرقه انسان لم يقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغى ان لا يقطع فى الاشياء كلها لان قوله تع هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق اجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعا هو الذى خلق لكم الآية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تع هو الذى خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تع الزانية والزانى والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر ذكر فى المبسوط واكثرهم على ان له ان يمنع فى مثل هذه الصورة لان الشفة ما لا يضر بصاحب النهر والبئر فاما ما يضر ويقطع فله ان يمنع ذلك وقوله ولهم ان يأخذوا منه اى من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله فى الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ فان منهم من قال لا يأخذ من الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة تثبت فى حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله ذلك فى الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من ائمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله لان الماء متى دخل فى المقاسم اى متى دخل فى قسمة رجل بعينه وقوله

عنا الدابة ... الدارسة ... عن ابى حنيفة

يؤاخذه اى بالجملة **فصل فى كرى الانهار** لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التى كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام اخره ذكرا ووجه الحصر على الثلثة ظ لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة واما الآخران فقد فصل المص بينهما باستحقاق الشفعة وقد تقدم ذلك فيهما وقوله الا انه يخرج له اى يكرى من كان يطيقه اى الذى يقدر على العمل ويجعل مؤنته اى مؤنة من يطيقه على المياسير الذى لا يطيقون بانفسهم كما يفعل ذلك فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله ويقابله عوض يعنى حصته من الشرب فلا يعارض به اى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعى فى اعدامه وان بقى الضرر الخاص وقوله خشية الانبثاق يقال بثق السيل مع كذا اى خرقه وشقه وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآبى كما فى الثانى وهو قول ابى بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول ابى بكر بن ابى سعيد البلخى وقوله فاستوت الجنبتان يعنى فى الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار فى النهر الثانى فان من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احد الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبى دفعا للضرر العام عن غيره وقوله ولا يجبر لحق الشفة جواب عما يقال فى ان كرى النهر الخاص احيا حق الشفة للعامة فيكون فى الترك ضرر عام فينبغى ان يجبر الآبى على الكرى دفعا للضرر عن اهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا فى ظاهر الرواية لا يجبر الآبى لحق اهل الشفة كما لو امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكرى لحق اهل الشفة وقوله ومؤنة اهل كرى النهر المشترك ظ وقوله فلا يلزمه انتفاع غيره قال فى النهاية الصواب بنفع غيره لان الانتفاع فى معنى النفع غير مسموع وقوله لانهم لا يحصون يعنى فكانوا مجهولين **فصل فى دعوى الشرب والاختلاف فيه** لما قرب فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب يجوز دعوى الشرب بلا ارض استحسانا قال فى المبسوط ينبغى فى القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره فى الكتاب فى قوله ترك على حاله معناه لم يكن له ذلك وقوله فان لم يكن فى يده يعنى بان يستدل باجرائه ماءه فيه او لم يكن استجاره فى طرف النهر فعليه اى فعلى المدعى البينة ان هذا النهر له او كان يدعى رقبة النهر وانه قد كان مجراه فى هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها ان كان يدعى الاجراء فى هذا النهر فاذا اقامها يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعنى فى الاول وحقا مستحقا فيه يعنى فى الثانى فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله كحكم الاختلاف فيهما اى اختلاف المدعيين فى الامور المذكورة نظيره اى نظير الاختلاف فى الشرب وقوله لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره معارض بانهم قد استووا فى اثبات اليد على الماء الذى فى النهر والمساواة فى اليد يوجب المساواة فى الاستحقاق واجيب بان اثبات اليد انما هو بالانتفاع بالماء ومن له عشرة قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوى فى اثبات اليد وقوله لم يكن له ذلك اى لم يكن لصاحب الاعلى السكر لما فيه اى السكر ابطال حق الباقين لكن يشرب بحصته يعنى من غير سكر وقوله الا انه اذا تمكن من ذلك يعنى اذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر ان يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا امكنه ان يسكر بلوح او خشب او باب لكونه اضرارا بهم بمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شئ بدأ اهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا لان فى السكر احداث شئ فى وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقى حق جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وهذا قول ابن مسعود ره اهل الاسفل

النهر امر على اهل اعلاه حتى يرووا لان لهم ان يسقوا اهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لزمه طاعته فلو امير لك
وقوله والدالية والسانية نظير الرحى الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية
البعير يسقى من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما تتخذ من الحجر والآجر موضوعا لا
يرفع فكل ذلك يحدثه من يتخذ في ملك مشترك فلا يملك الا برضاهم سواء كان منهم او من غيرهم قوله وكذا اذا كانت القسمة
بالكوى الكوة نقب البيت والجمع كوى بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه
ليس له ان يوسع الكوة وقوله وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه من فم النهر وهذا تقدير اتفاقي
والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فاراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في وسط
النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله ان يسفل الكوة اي يجعلها اعمق مما كانت ويضع ذلك الموضع او يرفعها الى وجه
الارض وقوله ومن نظير طريق مشترك يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب يزيد من المارة من ليس له حق
في المرور وقيد بقوله لساكنها غير ساكن هذه الدار لانه لو كان ساكنا للدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى وقوله وكذا
اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما بان يقول الشريك اجعل في نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما بدا لي
منها وانت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام
وفي الثانية في بعض المدة وربما يضر ذلك لصاحب السفل وقوله لانه اعارة لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من
الشهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شاء و
قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز
بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا ترى ان القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه و
الوصية اخت الميراث وقوله بعينه احتراز عن الايصاء ببيع الشرب كما ذكره والحاصل ان الشرب بغير الارض لا يملك بشيء من العقود
سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه في الخلع صح الخلع وعليه رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح
فالمدعي على دعواه اذا لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله والاصح اشارة الى وجود الاختلاف فان
العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل في ذلك ان يقال في المقومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز
بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب قال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من اقرب ما يكون من هذا الشرب فينظر
بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه
في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك واختار المص ما ذكره في الكتاب في قوله او بجرها ماء قال في
الصحاح مجرتها الارض اي ارسلت الماء فيها وقوله لانه غير متعد فيه بلوح الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون
اذا سقى ارضه سقيا يستمسك مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جاره يتقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا
بالحائط المائل **كتاب الاشربة** ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته
لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل
ما باله حل للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا
من الله لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود اجيب بانما بابه الشهادة

ما لحرمة

بالخيرية لم يكن اذ ذاك واما الذبيح النصارى لئلا ينفروا من الاسلام وسمى هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام
منه عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها **قال** الاشربة المحرمة اربعة الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد
والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله وقال بعض الناس قيل يريد به الحاكم والشافعي وقوله فيما ذكرناه
اشارة الى النيء من ماء العنب قوله في غيره اي واسمه في غير النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء
والباذق والمنصف وقوله ولا نحرمة الخمر قطعية يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا
بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات الاختلاف
ايراث الشبهة فيكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني وانما سمي يعني غير النيء خمرا التخمره اي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته
جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل وان سلمنا انه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالنيء من ماء العنب لجواز ان يكون المشتق
مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالقارورة مشتقة من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه
القرار ونظائره كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر خمر روى عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة
عن رسول الله صلعم احدها قوله عم لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر
وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله والثاني
يريد به الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم يعني اذا سكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر وثبوتا لحد اذ هو اللائق
بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق وقوله وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد
احتياطا يعني وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطا ايضا وقوله وهذا اي انكار حرمة عينها كفر من المنكر واذا كان قائلا الحرمة
السكر منه لانه جحود الكتاب يعني قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون وقد ذكرنا دلالته
على ذلك في الاشراف بشرح مشارق الانوار على احسن ما يكون فليطالع ثمه وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه جاء عن
النبي عم في الخمر احاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة علي
وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله هذا من خواص الخمر يعني دعاء القليل الى الكثير قال في المبسوط ما من طعام وشراب الا
ولذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها يزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة
المشهورة يعني به ما روي ابن عباس رض قوله عم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل
يعني المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن متلفها لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها وقيل يباح وقيل لا يباح
الا لغرض صحيح بان كانت عند شيء يخيف عليه الشرب واما اذا كان عند صالح فلا يباح لانه يخللها وقوله والسابع حرمة الانتفاع
بها يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والاقطار في الاحليل وقوله الا ان حكم القتل قد انتسخ يعني بقوله عم لا يحل دم
امرئ مسلم باحدى معان ثلاثة الحديث وقوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر محمد رح انه اذا اشتد بعد الطبخ
ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب ان لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النيء من ماء العنب وهذا ليس بنيء
وقوله والمنصف قيل يجوز ان يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف
ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الذهب فلو كان الباذق غير
المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم من ان يكون منصفا

او غيره والاول اوجه يعني وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله وهو النيّ من ماء التمر اي الرطب انما فسر التمر
بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي ح وابي س على ما سيجيء وقوله فهو حرام مكروه اردف
الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله ويدل عليه ما رويناه من
قبل يعني قوله م الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة وقوله والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة
لانها مكية وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير ان يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم وقيل اريد به التوبيخ معناه والله اعلم
لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله وقد بينا المعنى من قبل يريد به قوله ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع
وقوله غير ان عنده يعني عند ابي ح لا يجب قيمتها الا شيئا كما اذا اتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام
واورد رواية الجامع الصغير وهي قوله وما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء
وهو الباذق والمنصف لبيان ان العموم المذكور في الجامع الصغير لابي حنيفة غيره وقوله وقال فيه يعني في الجامع الصغير **قال** و
لا باس بالخليطين الخليطان ماء التمر والزبيب اذا خلطا فطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد والعجوة التمر
الذي يغيب فيه الضرس لجودته وقوله محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء في وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة في امر
الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل احدهما ويؤثر بالآخر على جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم
اباح الجمع بين النعمتين وقوله قيل الاول هو قول الفقيه ابي جعفر وقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قليله
لا يدعو الى كثيره قيل يجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله م الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الانبذة ليست بخمر انما
هو اصل الخمر وقيل اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وباقي كلامه واضح وقوله وعن محمد مثل قولهما
اي مثل قول ابي ح وابي س مذكور في النوادر ولنا اي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض النسخ ولهما اي لابي ح وابي س
وقوله ولان المفسد اي للعقل هو القدح المسكر وهو حرام عندنا لا ما قبله فان قيل القدح الاخير ليس بمسكر على انفراده بل
بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى
وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة
وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا وقوله وانما يحرم القليل منه اي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو ان يقال
لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر كذلك ويجوز ان يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل
فيكون حراما قليله وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب على الاول ان القياس ذلك ولكن تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها يدعو
الى الكثير فاعطي القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله والحديث الاول يعني
قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله والذي يصب عليه
الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه ابو يوسفي ويعقوبي لان ابا يوسف
كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط لاباحته عند ما بعد
صب الماء فيه ادنى طبخة اختلف المشايخ فيه واختاره المص وقوله او يذهب منهما يعني تارة يذهب الماء او للطافته وتارة يذهب
العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء لكن
لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل

من ثلثي

من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب اي على القطع والبتات وقوله
يكتفي بادنى طبخة في رواية عن ابي ح هي رواية الحسن عنه وانكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن ابي مالك
عن ابي يوسف قال سمعت ابا ح يقول انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما ذكر في الكتاب **قال** ولا باس بالانتباذ
في الدباء جوّز اكثر اهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهي جرار خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحد
حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله م نهيتكم عن ثلث عن زيارة
القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوه ما
بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف
فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولكن انما ينتبذ فيه ان كان فيه خمرا بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام في مبسوطه
انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة يشتد في هذه الظروف اكثر مما يشتد في غيرها يعني فصار جهلا على خطر من
الوقوع في شرب المحرم وقوله واذا تخللت الخمر يعني ان خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي ان
كان التخليل بالقاء شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس او عكسه فله قولان وقال في
الفرق ما القي في الخمر يتنجس بملاقاته الخمر والنجس لا يفيد الطاهرة الغير وليس فيما اذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليله
على احد الوجهين ذكره في الكتاب ولنا قوله م نعم الادام الخل وهو يتناول المخلل والمتخلل بالاحالة ولان التخليل اصلاح المفسد
باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجبا
فلا اقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله وكذا الصالح للمصالح يجوز ان يكون معناه المخلل صالح للمصالح والصالح للمصالح
مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ وقوله والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله ان التخليل اقتراب من الخمر على
وجه التمول ووجهه لا نسلم انه على جهة التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالتخليل اولى لما فيه
من احراز مال يصير حلالا في المآل وهذا اظ وما بعده الا المكابرة والله اعلم فان قيل فما تصنع بقوله م لا ولكن اهرقها حين
سأله ابو طلحة عن تخليل خمر ايتام عنده وبما روي انه م نهى ان يتخذ الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء التحريم قلعا لهم
ان يحوموا حول الخمور كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرم ويوضحه انه م امر بكسر
الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به
الاستعمال والمنازل قوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال
اليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك ففسر الاتخاذ بالاستعمال دردي الخمر وغيرها ما يبقى في اسفله
ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة
الى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر خلافا للشافعي قال لان فيه جزءا
من الخمر فيجب الحد ولنا انه واضح **فصل في طبخ العصير** لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تبعا
للابقاء على حله الذوق كمال الشراب هو عجمي قوله وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه قال في النهاية كان
محمد علم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء اولا ومنه اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل
الجواب فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متى كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا يطبخ حتى يذهب

تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلثة اسهم لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق عصير على ثلثة لحاجتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب بجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصير لا غير وهو ثلثة اسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله في الوجه الثاني الذي يذهب الماء والعصير معا بالطبخ حتى يذهب عشرة وبقي عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير ثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا الماء هذا وما لو صب الماء في العصير بعدما صار مثلثا سواء وقوله يحل لان اثر النار مثاله لو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثه اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا باس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعدما قطع عنه اثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف ما برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فانه لا يحل لان الغليان بعدما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله بيانه عشرة ارطال عصير الى قوله فعرفت ان ما بقي منه رطلان وتسعان وهذا الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة ارطال فعرفنا ان كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان ينقسم على ما بقي اتساعا فاذا انصب منه ثلثة ارطال فهذا في المعنى ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة ارطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله ولها طريق آخر قيل هو ان يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فقلنا عشرة ارطال الحرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة ارطال والحلال منها ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال او بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فبقي ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياج الحساب الى ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصار ما ارطال الحلال ثلثين سهما وقد اريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا رطل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة والصيد مما يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون لاظهار الجلادة وقد يكون للتفرج والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما ان يكون محرما اولا فان كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم اولا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الزكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا يأكل منه وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان لا يكون متقويا بنابه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو اتقى بعضه

لم يحل

لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه حينئذ هو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تع واذا حللتم فاصطادوا فانه ادنى مرتبة الامر للاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه تدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد البحر كان انسب واما السنة فقوله م لعدي بن حاتم على ما ذكرتم في الكتاب ولم يرد خلاف لاحد في اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد وللفاضل تقدم على المفضول **قال** ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل احد فلم يستثنه والباقية ان امكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا ياكلانه في الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم انه ترك عادة او تعلما ولان التعليم ان يمسك لغيره والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف والحق بعضهم الحداءة بالدب بمعنى الخساسة وانما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي المخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير على الاثبات والنفي جميعا والاصل في ذلك اي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تع وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم تدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تع قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح معا له لم يكن كرم على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين وغيرها قال الله تع ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تأويل آخر هي التي تخرج من الجراحة و المكلبين يعني المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد انه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المص على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم وقال او اسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله م في دعائه اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يوسف متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله ولان آية تعليمه ترك ما هو مالوفه عادة قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكر فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخبار وقيل اراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله كما هو اصله في جنسها اي اصل ابي ح في جنس المقادير نحو جنس الغرر وحد التقادم وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المعينة وقوله وانه آية تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة تعليمه عنده الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تبين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا انه يمسكه على صاحبه فما اخذه بعد ان

صاحبه فيحل وقوله في ظاهر الرواية يريد به رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب والبازي الصيد من غير جرح لا يحل
واشار في الاصل الى انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تأويل يعني في تأويل غيرها اولناه ا ولا وهو قوله
والجوارح المكلبين فيه تأويل ذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع معنى الآية
بين التأويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لان الاصل ان النص اذا ورد وفيه اختلاف فان كان بينهما تناف يحمل على
احدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن
ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي ههنا وفيه نظر لان الجرح اما
ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الآخر والمشترك لا عموم
له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع
بالتواطي وقوله وفيه اي الجارح الكاسب اخذ باليقين وقوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في
اباحته ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه انه عم قال له في صيد الكلب كل وان اكل
وذلك واضح فيها اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا ياكل منه
وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه يؤيده قوله عم في حديث فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه وقوله على
اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء اراد به ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده قبلها الخ وقوله واما الصيود التي اخذها
من قبل واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل ان اباحته حكم بجهله مستندا وهما يقولان الاقتصار على الاكل
لان ما احرزه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به والاحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده و
الجواب ما قيل وهو تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد
القاضي قبل القضاء وما قال ابو حنيفة رح اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيئا من صيوده
المقدورة والحكم فيه كالتي فيها الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب قوله ولو ان صقرا فر من صاحبه
فمكث حينا ثم صاد يعني بعدما رجع الى صاحبه لم يؤكل واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانعدام الارسال
ومسئلة الوثبة في الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعدما قتل فان الصيد
كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل
انه كان ممسكا على صاحبه وانتهابه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه قال
وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل اذا ادرك الصيد حيا فلا يخ اما ان يمكن من ذبحه اولا فان لم
يمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحيوة فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذلك
حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت
قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك يبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم آلة او ضيق الوقت فاما ان يكون فيه من
الحيوة فوق ما يكون في المذبوح اولا فان كان لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يؤكل وهو قول الشافعي رح
لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الفرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كما راى الماء ولم يقدر على الا
ستعمال ووجه ظاهر الرواية انه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح

اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة
والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه
فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على المذبح وان لم يكن الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم
يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت
ليس بمذبح اي ليس بمحل الذبح فلم يثبت يده على المذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت
الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقال ان كان ترك لعدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت
لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع
في يده وهو حي حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما يكون الحيوة فيه فوق
ما يكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون
الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فيه فكان عدم التمكن متصورا وهذا اي ما ذكرنا من اقامة
ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكوة فيما اذا كان بقاؤه متوهما اما اذا شق الكلب المعلم بطنه واخرج ما فيه ثم
وقع في يد صاحبه ولم يذكه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت وقيل وهو
قول ابي بكر الرازي هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح فلا يؤكل هذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رد
الى المتردية اي اعتبارا بها هذا الذي ذكرنا انه لا يؤكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما فيه اذا ترك التذكية فاما اذا
ذكاه فقد حل كله عنده وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او
بينة اذا ذبح حل عنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف لا بد من حيوة بينة
وهي ان يكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم يكن كذلك فلا يحل كله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لا بد من حيوة بينة و
هو ان يكون بحيث فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه
اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم ياخذه يريد
ان المسائل المتقدمة كانت فيما اخذه الصياد وههنا ادركه ولم ياخذه وقوله على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه وقع
في يده حيا وقوله واذا ارسل كلبه على صيد بعينه يعني صيدا معينا فاخذ غيره حل يعني ما دام في وجه ارساله وقوله ولنا انه اي
شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده
صيدا معينا اجيب بانه متعذر لانه لا يقدر الصائد او الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه
فسقط اعتباره وقوله على ما بيناه يعني في اوائل كتاب الذبائح حيث قال يشترط عند الارسال والرمي وقوله ولهذا يشترط
التسمية عنده اي عند الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص وهو قوله عم ما اجتمع الحلال والحرام الا
وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلثة فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثاني
ما اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل ارجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا في شيء اكثر
الثاني اشتد اي حمل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد وانما اثر
في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع قال واذا ارسل المسلم كلبه

فزجره مجوسي الاصل في هذا ان الفعل يرفع بالاقوى والمساوي دون الادنى فاذا ارسل المسلم كلبه وزجره اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء اجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بادنى وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لذلك ولهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم يثبت به اي بالزجر شبهة الحرمة في الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما فاولى ان لا يثبت به الحل يعني بزجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله لانه ان كان دونه يعني ان الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متاخر فيجعل ناسخا وقوله وقذه اي جرحه جراحة اثخنته وقوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان الذي اخرجه من الصيدية فكان الواجب ان لا يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالاوابد فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه انه يتعذر رفعه وما يتعذر رفعه فهو عفو وقوله بخلاف ما اذا قتل يعني انه لا يؤكل لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكوته بعد الذبح في المذبح لا جرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفي ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه او بازيه فاصاب صيدا ظبيا مثلا فان تبين ان المسموع حسه آدمي او بقر او شاة لم يحل الظبي المصاب مثلا في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى آدمي عالما به فاصاب ظبيا فانه لا يؤكل وان تبين ان المسموع حسه صيد حل المصاب اي صيد كان المسموع حسه يعني سواء كان ماكول اللحم او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف ان المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الا يرى انه لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع لانه اي الاصطياد يؤثر في جلده وزفر خص منها اي من جملة المسموع حسه ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والآدمي سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سواء فان قصد بفعله الاصطياد وقع اصطيادا والاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم يثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله ثبت اباحة تناوله وان كان غيره السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله ثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع اصطيادا واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بخارج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا كان كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وقوله وان تبين انه حس آدمي قدمناه آنفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد اذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق اي المشدود بالوثاق بمنزلة آدمي لما بينا ان الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا يخرج المسئلتان المذكورتان في الكتاب وقوله واخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما يشير الى ان كون ما تبين حسه من الصيود شرط ان يكون حل اكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فاصاب ظبيا ثم تبين ان المسموع حسه سمك لم يؤكل الصيد ولو سمع حسا وظنه آدميا فرماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه

مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي ان من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب مع انه لم يقصد بها الآدمي وفي هذه المسئلة قصد به الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل او شمول عدمه او انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك لانه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه آدمي فيما اذا اقترن ظنه بانه صيد اولى ولانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب هاهنا كما لم يحل ثمه او لم يحل هاهنا نظرا الى قصده وحل هناك لذلك اجيب بان الفرق ما اشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا وبيانه ان في المسئلة الاولى بعينه اي اصاب سهمه غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما حصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد واما هاهنا فسهمه اصاب عين المسموع وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد حقيقة فلما وجد الاصطياد حقيقة لم يعتبر بعد ذلك بظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد حقيقة والظن اذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود الاصطياد وقوله على ما بيناه يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ وقوله فتحامل التحامل في المشي ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله حتى اصابه اكل قيل اذا وجد وفيه جراحة سهمه لا غير واما اذا وجد وفيه جراحة اخرى فليس له ان ياكله ترك الطلب او لم يترك كما يجيء لانه ظهر هناك سببان احدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه كما لو جرح انسانا فصار صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم في هذا كالمحقق لقوله لعل هوام الارض قتلته قاله حين اهدى رجل اليه صيدا فقال من اين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقي وهو الرمح الصغير فقال لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمته ذلك يدل على حرمته ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله ولان احتمال الموت دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله وقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل يعني وان رأى فيه اثر سبع واحتج على ذلك بانه سمع اهل العلم كذلك وكانه بنى الامر على الغالب لانه اذا بات عنه فقد قعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي فان قيل ان كان ما روي عنه من كراهة اكل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة فقوله لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته فانه قال المرحال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل ان حصول السبب غير معتبر واحتمال قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة قدمناه والخلاف فيه وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يقع عن محل الفرد فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي قوله وكذا السقوط من علو والتنسخ من علو وهو لغة في الاول مضموما ومفتوحا

ومكسورًا او وقوله وان وقع على الارض ابتداء اكل يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجي
وقوله وذكر في المنتقى يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وبين قوله او نحوه فاستقر عليها وبين رواية المنتقى
وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة
السرخسي رواية المنتقى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجر الا
ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة فليس في المسئلة روايتان وهذا
اي ما فعله شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجري على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق بين
الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض اكل وقد ذكرنا انه في معناه وقوله كما اذا وقع غيره الا في الماء
وقوله ما اصاب المعراض بعرضه المعراض سهم لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها
وقوله اذا لم يخزق بالزاء المعجمة خزق المعراض اي نفذ وبالراء المهملة خطأ وقوله وكذلك ان جرحه يعني اذا رماه بحجر فجرحه
فان كان ثقيلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال ان قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة اكل والمروة حجر ابيض رقيق كالسكين
يذبح واللهم يستعمل عقيبه الا اذا كان المستثنى عزيزا نادرا ايذانا بانه يبلغ في الندرة حد الشذوذ وقوله قيل لا يحل هو قول
ابي القاسم الصفار ووجهه ان الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل هو قول ابي بكر الاسكاف لوجود الذكوة بين
اللبة واللحيين والدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ وقوله وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القاسم الصفار فانه
شرط سيلان الدم قال وان رمى صيدا اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد
ولا يؤكل العضو ان امكن حيوته بعد الابانة وان لم يمكن اكلا وقال الشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى ان مات الصيد منه اكلا
لانه مبان بذكوة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكوة الاختيار وذلك لان
قطع اي عضو كان في ذكوة الاضطرار كقطع الرأس في ذكوة الاختيار والرأس يؤكل في ذكوة الاختيار فكذا العضو المبان
في ذكوة الاضطرار ولنا قوله عم ما ابين من الحي فهو ميت ووجه الاستدلال انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل
والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعني ابين من الحي حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحيوة به
واما حكما فلانه يتوهم حيوته بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي لكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه
الصفة لم يؤكل لجواز ان يكون موته بوقوعه في الماء وقوله ابين بالذكوة ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا في تقريره سلمنا ان ما ابين
بالذكوة يؤكل ولكن لا ذكوة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكوة لبقاء الروح في الباقي على وجه
يمكن الحيوة بعده اذ الفرض ذلك والجرح يعتبر ذكوة اذا مات منه ويكون على وجه لا يمكن الحيوة بعده ولهذا لو وجد وفيه
من الحيوة فوق ما في المذبوح لا يحل الا بذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكوة بالنسبة الى العبد لكنه ليس بذكوة بالنسبة الى
المبان لعدم تأثيره في موته لفقد الحيوة فيه فان قيل فليكن ذكوة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله
والتبعية يعني الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور في الكتاب ظ وقوله والاكثر
مما يلي العجز احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الرأس يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان ابان الثلث مما
يلي العجز لم يقع الفعل ذكوة لعدم قطع الاوداج وانما وقع تسويته والجزء مبان عند ذلك واما اذا ابان الثلث مما يلي الرأس فقد
وقع الذكوة بقطع الاوداج نفسه وح لم يكن الجزء مبانا والباقي ظ وقوله ولا يؤكل صيد المجوسي بناء ما تقدم انه غير اهل الذكوة

من الكفار

من الكفار ليس باهل للذكوة الاختيارية ولا بد منها في اباحة الصيد قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه اعلم
ان الرجلين اذا رميا صيدا فذلك ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا والاول على وجهين فانه اذا رمياه معا
فاما ان يصيبا معا او يصيب احدهما اولا فان اصاب فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني او لا والثاني كذلك فانه اما ان رماه
الثاني قبل اصابة السهم الاول او بعدها فان كان الثاني فاما ان اثخنه الاول او لم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول
من الثاني غير مذكور في الكتاب وانا اذكر ذلك تكملة للافادة فان رميا معا واصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل
لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي فانه كان صيدا عندهما فيقع فعل كل واحد
منهما ذكوة واصابت الرميتان معا فاستويا في السببية وذلك يوجب المساواة في الملك وان رمياه معا فاصابه سهم
احدهما اولا فاثخنه اي ضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصابه سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل اكله عندنا خلافا
لزفر هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر المحل حالة الارسال الا ان الاصابة
بالمحل تثخنه ولهذا يعتبر التسمية حال الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني خطر ويملك حالة
الاتصال لان الملك يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني وهو
ظ وان رماه الثاني بعد ما رماه الاول قبل ان يصيبه سهمه وهو الاول من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل
اكله واما المذكور في الكتاب فقد اعني المصنف في بيانه ونشير الى بعض الفاظه ان خفي فقوله هذا اشارة الى قوله ولم يؤكل
وقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات اه بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه
لم يؤكل لان احدى الرميتين تعلق بها الحظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان
حكم صورة الجهالة وهي ان لا يدري ان الموت حصل بايهما كصورة العلم لذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل
ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد
لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماه الاول ثانيا
يعني لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعل لنفسه والباقي الخ واضح

كتاب الرهن

ومناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الداين والمديون
وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكورة في الكتاب سنذكرها شيئا فشيئا فاما
تفسيره فالذكور الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه
اي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون كالمديون وهو احتراز عن رهن الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص
واما مشروعيته فبقوله تع فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد في جمع عبد وبما روي انه عم اشترى من يهودي طعاما
ورهنه درعه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر
بالوثيقة في طرف الوجوب تقريره ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى
المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التي تختص بالمال
بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ركن الرهن
الايجاب هو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد

ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقالوا اراد به شيخ الاسلام خواهر زاده ان الركن الايجاب بمجرده لانه
عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازآئه ما يثبت
للمرتهن من اليد شيئا عليه ولا يعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر
لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس
كذلك قوله والقبض شرط اللزوم كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم
وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في
الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك رح يلزم الرهن بنفس
العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من
قوله تع فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة
من ايام اخر اي فليصم وكما في قوله تع ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرر فيكون تقديره والله اعلم وان كنتم
على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا
قبوله على الداين بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله عم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم
يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرفنا الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربوا فكذا هذا وفيه بحث من وجوه الاول
ما قيل ان المص جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثاني انه يجوز ان يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى
الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز واللزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع والحاجة الى الدليل
والرابع ان الآية متروك الظاهر لان ظاهرها يدل على ان الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك
ذلك ومتروك الظ لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما قضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك
واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم وعن الثاني ان الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع
لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ
واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرفنا الى القبض وعن الثالث ان الدليل لالزام مالك حيث لا يجعله شرط اللزوم
ولا الجواز وذلك لان الله تع وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة
فكذا القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا
فيجوز ان يكون المص قد اختاره واما لان عدم الصحة انما يكون اذا لم يكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا ان الوجوب
انصرف اليها وعن الرابع بانا لا نسلم انه متروك الظ بدليل ليس بحجة لان النصوص المأولة متروك الظاهر وبنى علماء
الدلائل هذا ما سنح لي في هذا الموضع وقوله ولانه عقد تبرع دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح وقوله ثم
يكتفى به بالتخلية يريد بها رفع المانع وفي ظ الرواية واضح وقوله لانه اي قبض الرهن موجب للضمان ابتداء لانه
لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شانه لا يكتفى فيه بالتخلية كما في
الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا
للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب

والقبول

والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما بخلاف الشراء جواب عن قياس وجه الظ بان القبض في الشراء
ناقل للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم
اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء قوله والاول اي وجه الظ اصح لان الرهن يوثقه لجهة
الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية بان يخلي الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذ الحقيقة اقوى
من الجهة وما يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور في وجه غير الظ وهو كون القبض في الشراء
ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين قال فاذا قبضه المرتهن قد بينا ان القبض منصوص عليه
وقد تقدم في الهبة ان المنصوص عليه يثبت بشانه وذلك يقتضي الكمال والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا
مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محوزا احتراز عن رهن الثمر على رأس النخيل دونها وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله
متميزا احتراز عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين
التسليم وعدمه لما ذكرنا ان اللزوم او الجواز بالقبض اذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله اي قبل القبض فاذا
قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله عم لا يغلق الرهن
قالها اي هذه الالفاظ ثلثا لصاحبه غنمه اي زوائده وعليه غرمه اي عليه هلاكه قال ومعناه لا يصير الرهن
مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض
ولنا قوله عم للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب
حقك من الامساك او من المطالبة برهن آخر لان الاول شاهد فلا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحوله
ولانه ذكر الحق في اول الحديث منكرا ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما
الى النبي عم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي ذلك يكون الثاني عين الاول كذا في
النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عم ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة الا
اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي عم ولم يعلم ذلك وقوله عم اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما
قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك يعني اذا قال الراهن لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون
الرهن بما فيه حكى هذا التاويل عن ابي جعفر وقوله مع اختلافهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان الرهن مضمون لكنهم
اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق رض انه مضمون بالقيمة وروي عن عمر وابن مسعود انهما قالا الرهن
مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي رض في بعض الروايات وروي عن ابن عباس رض انه مضمون
بالدين فاختلافهم على هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق الاجماع والمراد بقوله عم
لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رح عن السلف كطاوس و
ابرهيم وغيرهما وقال مالك وتفسير ذلك فيما نرى ان يرهن الرجل بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول
الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذي نهي عنه
فان جاء صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير
قول سعيد بن المسيب يعني ابا ح وابا يوسف ومحمدا الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم

الراهن لك النقض وان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء دليل
معقول على المطلوب في تقرير الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لان الرهن لغة
ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اى محبوسة بوبال ما اكتسب من المعاصى وقال زهير
وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا اى رهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه
عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لا
فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه للدوام وتاكيده بنفى الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما
دام بنفى ما يعرضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام
الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم لانه المفهوم
ولا مقتضى للعدول عنه وليكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء ومعناه ان يكون الرهن
موصلا اليه اى الى الاستيفاء وذلك اى كونه موصلا اليه بثبات ملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود
المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضى الى اداء الحق لان الراهن يخشى ان يجحد الدين ان يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن
قد يكون اكثر من الدين وهو عاجز عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر او بضجره عن المطالبة وهذه ايضا
قضية تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس فيضم اليهما قوله واذا كان كذلك اى اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس
يثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وقد يتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال
النقض فلو لم يسقط الدين وهو ربوا بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء اى الذى بالحبس بالرد
على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء
الا يرى ان المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينتقض الاستيفاء به اجيب بان النقض انما يتحقق
فيما امكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه
لا يؤدى الى الربوا وهو ان يستوفى رقبته لا يدا اجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقى وهو ملك الرقبة بدون ما
استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله والاستيفاء يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما
لعين الدين او لبدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا
الى الثانى لان الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب انا نختار الاول وقوله
قوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة او المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث
الصورة بل هو من حيث الصورة امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن حيا وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن
لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثانى
ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله وموجب العقد جواب عما قال الشافعى الرهن وثيقة بالدين
وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد
الاستيفاء كما ذكرنا تحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضرورته كما في الحوالة فانها توجب الدين في
ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضرورته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار

بالموضوعات

بالموضوعات الاصلية لا للوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالى وهو ان المستاجر بعد الفسخ محبوس عند المستاجر بالاجرة
المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الآجر كان المستاجر احق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب
بان يد المستاجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء هى التى كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين
المستاجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك فى يده واما اختصاصه
دون الغرماء لانه كان مختصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ بقى الاختصاص حتى يسترد الاجرة
وقوله فالحاصل الخ واضح قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون
وقيل هو احتراز عما سيجىء من الرهن بالدرك وهو ضمان عند استحقاق المبيع لان حكمه اى حكم الرهن ثبوت يد الا
ستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب واما صحته بالدين الموعود فسيجىء الكلام وقوله يدخل اى يشكل على هذا
اللفظ اى الذى يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء
وقيد بقوله بانفسها احترازا عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل
حال والثانى اما ان يكون بعين مضمونة اولا والثانى غير صحيح كما فى الودائع والعوارى والمضاربات والشركات
والاول اما ان يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها
وهو المضمون بغير المثل والقيمة كالمبيع فى يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك وقوله ولا يصح الرهن
الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة واجاب المص بقوله
ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين ولهذا
يصح الكفالة به اى بالعين المضمون بنفسه وقوله لا تجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك تجب بالقبض
السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه جواب على
ما اختاره بعض المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة واعترض
بان صحة الكفالة لا يستلزم صحة الرهن فانها يصح بدين يجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن واجيب
بان قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح ان يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه
او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثانى فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله ولهذا يجوز
ان يكون توضيحا من التوضيحين اما على الاول فتقريره ويكون الموجب الاصلى فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين
المضمون بنفسه بهلاكه فلو احال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلى لما كان القيمة كان
هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة فى ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل واما على الثانى فتقريره ويكون سبب وجوب
القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها
لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب الوجوب قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الرهن مضمون بالاقل
اى بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع فى بعض نسخ القدورى بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى
المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله يترادان الفضل يعنى ان الترادّ انما يكون من الجانبين وقوله
كما فى حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الفى درهم فى كيس فهلك الف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين

امانة فكذا هذا وقوله ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها الا انا لو لم نجعل الزيادة مرهونة ادى الى الشيوع او لعدم انفكاكها
عنه وقوله ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن فان
الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجيء وقوله والمراد بالزيادة فيما روى حال البيع يعني توفيقا بين حديثي علي فانه روى
عنه ان المرتهن مليء الفضل فيحمل الاول على حالة البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على
الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل
الحبس من ادب القاضي وقوله واذا طلب المرتهن دينه واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان استيفاء
حكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة من حيث انه استيفاء حقيقة قلنا بان قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن في زمان لم يجب
على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه لانه يتضرر به بازاء
ضرر لم يلتزمه ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن
وهو تأخير حق المرتهن بخلاف الفصل الثاني وقوله لاطلاق يشير الى انه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه بنسيئة وقوله لانه لا قدرة
له على الاحضار لان الرهن بيع بامر الراهن فلم يتوله قدرة على احضاره وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعني لا يكلف احضار
الرهن لانه اي الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن
وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق استيفاء حكم الرهن الى الثمن الا يرى انه لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط
من دين المرتهن شيء فصار كانه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن استثناء
من قوله فصار كان الراهن رهنه وهو دين جوابا عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن من المشتري كما لو
كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجهه ما ذكر ان ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله وكما يكلف
لاستيفاء نجم قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن اما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه اشار بقوله ثم اذا قبض الثمن يعني
ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل شار
الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الخ فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما
اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل
القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا يكون القيمة ههنا
كالثمن ثمه وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمه اجاب بقوله وما صار قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية
فيصير كان الرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله وكانهما تفاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا
وفي النهاية قوله وهذا بخلاف اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا انه في مسئلة القتل لم يجبر الراهن على
قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من
الدين وهو كما ترى متعسف وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيئا قال وان كان الرهن في يده اذا كان الرهن بيد
المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه وذلك حقه فله
اسقاطه وكلامه واضح وقوله فلو هلك اي الرهن قبل الرد استرد الراهن ما قضاه لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق
بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى

هلك

هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك
فصير مرتهنه مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الابراء
رد المستوفى فيجب ان يكون ههنا كذلك اجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك
مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء شيء
ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله على وجه الفسخ احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه
لا يبطل الرهن في قوله لانه اي الرهن بقي مضمونا ما دام القبض والدين باقيا الا يرى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض
وان كان الدين باقيا واذا ابرأ عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم
الحكم بعدم احدهما فان قيل فينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذ هلاك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام
متناقضا اجيب بان بقاء احتمال الحبس باحتمال الاستحقاق المؤدي يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب
التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله ولو هلك في يده يعني اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به
وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله ليس للمرتهن معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به قال وللمرتهن ان يحفظ
الرهن بنفسه كلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة الا يرى ان المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى زوجها لم تضمن
والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا ساكن الاب فخرج الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن واجرة الراعي ونفقة
الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي يأمر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك
الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال ابو يوسف النفقة دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل
ما كان لحفظه برده الى يد المرتهن كجعل الآبق او برد جزء منه كمداواة الجرح وقوله والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه قال في
شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعني بخلاف حق المرتهن
فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين على ما يتعلق بالمالية فان قيل
لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة
فيما اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجر او زرع فيها فاخذ العشر والاستحقاق في جزء من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه
فكذا في استحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه اي وجوب العشر لا ينافي ملكه في جميع ما رهنه الا
يرى انه لو باعه جاز ولو ادى العشر من موضع جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا
ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع وقوله وما اداه احدهما
مما وجب على صاحبه يعني من اجرة وغيرها فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الآخر فان كان بغير امر
القاضي فكذلك وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه بمجرد امر القاضي بالنفقة لا
يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون
الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة وبين الانفاق دينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله وهي فرع مسئلة الحجر فمذهب ابي حنيفة ان القاضي
لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد لما انفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند ابي حنيفة لو نفذ
عليه امر القاضي حال حضوره فيصير محجورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة

باب ما يجوز ارتهانه و

الارتهان به وما لا يجوز لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما
يكون بعد الاجمال قال ولا يجوز رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل
باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك
بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال الشافعي هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه
قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد
غير معتبر وتقريرها الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما بينا وله العقد لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفاء
وثبوت يد الاستيفاء فيما نحن وله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين
غير غير المعين فيكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادرج المص دليل الشافعي بين الوجهين وهو قوله وعنده
المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعينه للبيع والمشاع عنه يجوز بيعه فحكم الرهن
يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني ان موجب الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه يعني هو
الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه
الذي بيناه يعني ما مر من قوله ليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك اي كل ما لم
يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام فموجب الرهن يتعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى
المقصود فظ فانه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق واما بالنظر الى النص فلانه لما
اوجب القبض ابتداء وجب بقاء لان ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن
عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن
والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فانه قال احدهما يبتني على حكم الرهن والثاني ان موجب الرهن فلو كان المعنى
مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا يفضي اليه اي الى دوام الحبس من تمام الدليل يعني ثبت انه لا بد من دوام الحبس
لا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس في المشاع لانه لا بد من المهاياة فكانه يقول له رهنتك يوما دون يوم ولا
شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه ولهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع تساوى ما يحتمل
القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكر في الكتاب وقوله ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على
الوجه الاول فلانه لا يفيد حكمه واما على الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارئ ان يرهن الجميع ثم
يتفاسخا في البعض او اذن الراهن للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وانه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح
قال ولا رهن ثمرة على رؤوس النخل دون النخل هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعليه علته فان الاصل الجامع ان اتصال
المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه قوله وبخلاف المتاع في الدار يعني اذا رهن دارا
مشغولة بمتاع الراهن لم يصح الرهن لانها ما لم يكن تابعا للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض الا يرى انه لو
باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها لم يدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها او منها فانه يدخل الثمار
فيدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله ولو استحق بعضه يعني بعض الرهن بان رهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما ان
يكون الباقي غير مشاع بان كان المستحق جزءا معينا غير شائع او كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن من الابتداء

وكان ما بقي وهو شائع فكان جائزا وان كان الثاني تبين ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع وقوله حتى لو ادخل فيه من غير ذكر يعني
قال المشايخ اذا رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن بالامانات قد تقدم
ذكره وقوله والرهن بالدرك باطل قد تقدم غير مرة ان الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع
صورة الرهن بذلك ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري ان يستحقه احد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه
احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع او لا واما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما
ذكر في الكتاب وفي ذكره فائدة ضمان الدرك مع استحقاق المبيع ضمن البائع دركه او لا انه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع
الا اذا قضى القاضي بنقض البيع بينهما او لم يقض وهذا بناء على ان المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضى البائع او قضى
القاضي لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج والتلقي من جهة المستحق قائم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز والفسخ العقد
وقوله بخلاف الرهن بالدين الموعود متصل بقوله يهلك امانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله لان الموعود يعني من الدين جعل
الموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شيء وصاحب المال يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا
احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة اجيب بان المعدوم
يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق
فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره وقوله لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين
وللمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء فيعطى له اي للذي قبض بجهة الرهن حكم الرهن حتى
يهلك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعد وهذا اذا ساوى قيمته ما استقرضه وانما الحق هذا على ان الظ
الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه
الموعود فالجواب ان التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا
بالامانة واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار ان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين
موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل
مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله فيضمنه اي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال ويصح
الرهن برأس مال السلم قال زفر حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح وهذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم
المجانسة فكان استبدالا وباب الاستبدال فيها مسدود وقلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء
في الرهن انما هو من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة عنده كما لو كان الرهن عبدا فانه كان كفنه على الراهن والاعيان من
حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية
والجواب ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية و
على هذا تعذر تملك العين لكونه امانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تملك العين ايضا وقوله لفوات القبض
حقيقة وحكما اما حقيقة فظ واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله يكون ذلك
رهنا برأس المال حتى يحبسه بالرفع يكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله لانه بدله اي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل
الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له

ان يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما
لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابرأ المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم لان
الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف المسلم فيه وقوله ولو هلك الرهن اي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ
هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهنه وان كان محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه
وهو رأس المال وقوله هلك بالطعام يشير الى انه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم ان يعطي مثل الطعام الذي
كان على المسلم اليه ويأخذ رأس المال لان بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام المسلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار
بهلاك الرهن مستوفيا طعام المسلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد
رأس المال فكذلك ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة
رب المسلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس
المال فوجب التقاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام اجيب بانا لا نم ان مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية
الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديرها تيسيرا فلا يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام
مع علمهما بانه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقديرا للمالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند
هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل طعام المسلم
فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر آنفا انها لا تحتمل الفسخ وقوله لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدل له وقوله
وادى ثمنه له اي يحبسه يعني ادى ثمنه ثم اراد فسخه للمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هناك بمنزلة
الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس هلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر
والمدبر كلامه واضح وقوله وقيام المانع في الباقين يعني حق الحرية ولهذا لو طرأت هذه التصرفات باطلة فاذا كانت مانعة
منعته وقوله ولا يجوز بالكفالة بالنفس لمعنيين احدهما ما ذكره في الكتاب استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني
ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونها واما الرهن عن بدل
الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن و
لو صالح عنها على عين ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله ولا يجوز بالشفعة
صورته ان يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول المشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع
يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون الا ترى انهما لو ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر المستأجر
بتسليم الاجر وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن لانه رهنه بدين واجب ظاهرا الا ترى ان
البائع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا
يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا وقوله ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر وقد هلك الرهن فانه هلك بالاقل من قيمته
ومن قيمة الرهن وقوله ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا انه قبض بجهة الضمان ظاهرا
فكان كالدين الثابت حقيقة وعن ابي يوسف خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم
الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه يعني ان الرواية

عن ابي ح

عن ابي حنيفة محفوظة في مسئلة الصلح عن الانكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي ان يكون حكم المسائل الباقية مسئلة العبد
والخل والشاة كذلك وقوله لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبده بدين نفسه الا باذن
الابن وقوله لما بينا اشارة الى قوله وهذا انظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب و
الوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع
ولهما الولاية على ذلك وقوله وعند ابي يوسف لا يقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على
المشتري وقوله واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير يريد بيان جواز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد و
هو ان يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته وقوله او عبد له
تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير انما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من
الوصي فلان يجوز من الاب اولى ولو رهن من عبده ولا دين عليه لم يجز وذلك لانا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه
في الموضعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي لو رهن من نفسه
لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على ان بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل
القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا
بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب واضح والضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده
للوصي وقوله لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء او عند اجنبي و
قوله واذا رهن الاب متاع الصغير يعني سواء لنفسه او للصغير وقوله ومات الاب قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان
الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله ان يرجع بمال والده لانه مضطر فيه
على ما ذكر في الكتاب وقوله لاشتماله على امرين جائزين يريد به رهن الاب او الوصي متاع الصغير بدين على نفسه ورهنهما
ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما الا ان كل ما جاز
ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس وقوله كفعله بنفسه اي كفعل اليتيم بنفسه وقوله و
الحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند
هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين
بهلاكه رجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاع العين من
مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر
الزيادة على الدين وقوله يأخذه بدينه اي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله وقوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له والله اعلم قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير قد عرفت ان كل ما يمكن الاستيفاء
منه جاز ان يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت
بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن القيمة
من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وانما اتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله فهو بما فيه يعني فذلك
الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله وقوله في الوجهين يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكر في الكتاب.

وقوله على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم يتملكه يعني
الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن قوله واستيفاء الجيد بالردي قال في النهاية هكذا وقع في النسخ
ولكن الاصح ان يقال واستيفاء الردي بالجيد جائز لما قلنا ان هذا اصح لوجهين احدهما ان الاستدلال بقوله كما اذا
تجوز بها اي ببدل الصرف والسلم يؤدي ان الاصح ان يقال واستيفاء الردي بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما اخذ
الردي مكان الجيد ولا تجوز استيفاء الجيد بالردي لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشيء آخر و
الثاني الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن لعشرة قيمة ابريق هي اقل من العشرة
لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة جيدة وارى ان ما في النسخ حق ويقيد ما ذكره صاحب النهاية فليتأمل و
قوله وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لما عرف ان بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد والفرض عدمه ولا
يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن او المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا لطلبه
ما يضره ولا الى المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يكن نقضه تعذر
التضمين وقوله قيل وهذه فريعة كذا انما يتصور جعلها فريعة تلك بناء على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي حنيفة
في تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه مع ابي يوسف وقوله والفرق لمحمد
يعني على تقدير ان يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة انه اي رب الدين قبض الزيوف مستوفيا دينه من عينها اي ان يكون
عينها مقام ماله عليه من الدين والزيافة لا يمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل
آخر فكان لا بد لرده بالضمان واخذ مثل حقه فينتقض القبض وحاصل البناء ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفاء
فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند
ابي حنيفة بمكان الجودة فكذا في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في
الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه المسئلة مبتداة اولى لانه وجد ههنا للمرتهن
الرضى بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمه وقوله
ولو انكسر الابريق كان الكلام فيما تقدم من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته
مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او
مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه اي المرتهن يصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم
ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن
قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به فالحاصل
تخيرناه بين ان يفتكه بما فيه اي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلاف
جنسه مصوغا ويكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين
اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب شيء
من الدين ولا ان يفتكه مع النقصان تعين ان يفتكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك نحو الحقيقي
من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكلاهما

هو استيفاء

هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم يقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع
وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين
بالقيمة اولى وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا او صوابا او الصحيح وما شاكل ذلك وقوله وفي الوجه
الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود غش فيه يضمن قيمته جيدا
من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له
وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار
بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا
الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان
وزنه عشرة كالدين وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجودته وصياغة فيه عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا
عنده وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان
الشيوع فان الطاري منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر
الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين ان يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين
ان يفتكه بقضاء جميع الدين وجه قول ابي حنيفة ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان
كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث
القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا
الزائد عليه وينقسم الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان مضمونا من حيث الوزن لان الفرض
ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين
هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك
عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه
ووجه قول ابي يوسف ان الضمان والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند
المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر
خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة
كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها ويعتبر خمسة اسداس الابريق مضمونا بجودته وصنعته وسدسه امانة فالتعيب
بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده ايضا فيضمن
قيمة خمسة اسداس من خلاف جنسه ووجه قول محمد ان الوزن مضمون والجودة امانة للمناسبة لان الجودة تابعة
للوزن لا ينفصل عنه وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع في مقابلة التبع
واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار
عنده كالهلاك في هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويخير

الراهن كما ذكرنا وان لم يرد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون باق على حاله فيخير الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصياغة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار ان الزيادة في المسألة مفروضة بذلك قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه كلامه واضح وقوله لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما ياتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير مليء وليس كذلك من التوثق شيء فيبقى الاعتبار بعين الشرط فيفسد العقد وقوله ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب انه وغيره سواء ولو قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن

فصل وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تاخر المتعدد عن الافراد قوله وجار كالمبيع في يد البائع في ان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن وان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا كما لو رهن عبدين بالف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب في قوله الا ترى توضيح لذلك فانه لما تمكن الراهن من تفريق القبول في الابتداء وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو عقد عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض مبطل له فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم يقينا فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يساوي احدهما الفا والآخر الفين ورهنهما بثلاثة آلاف احدهما بالف والآخر بالفين ولم يبين هذا لعرف ذلك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين صورة المسألة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين او غيره ولا يكون الدينين من جنس واحد او من جنسين مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الآخر دنانير لان الكل في ذلك سواء وقوله لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول ابي حنيفة رحمه الله فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحد

لا يمكن ان يكون مملوكا لشخصين على الكمال فيجعل شائعة تنقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان يكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه وهذا هو الجواب لابي حنيفة في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر يشير الى ان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء به فينبغي ان يكون الرهن بيد الآخر من كل وجه من غير صاحبه وذلك يقتضي ان لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فاذا فيه وفاء بدينهما فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا هذه عكس المسألة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجل انه رهنه عنده بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو احد الوجوه فيها وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى به لانه تمكن من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب فلا وكلامه فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكرنا من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبراي بالقياس ناخذ ووجه ما ذكرنا في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين احدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى من كل واحد منهما ببقاء حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد اشار المص الى هذا في الوجه الاول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ وباقي كلامه واضح

باب الرهن على يد العدل لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشي قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل كلامه واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوط وشرح الاقطع ابن ابي ليلى بدل مالك وكانه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب فلو ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان قوله ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم يكن نائبا عنه الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد المودع وقوله ولنا ظ وقوله لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظ ولا حكما لان ذلك انما يكون من حيث انه امر وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا كان في حق مستحقا

للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على
يد العدل ولا تأثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل فالجواب انه قابض من حيث
امر العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن
ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه ما دام العقد باقيا وقوله لا يقدر ان يجعل القيمة اي العدل لا يقدر ان يفعل ذلك لما ذكره
وقوله ولو تعذر اجتماعهما يرفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الامر الى القاضي احدهما
اما الراهن او المرتهن هو الظاهر ولو فعل ذلك اي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال ان العدل
ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له اي العدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين
فلو اخذها احدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله
من حيث المالية في حق المرتهن اذ كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده اخذه اذا
ادى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل
دفعه على وجه العارية والوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين
انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن هنا
بان قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك عنده لانه دفع اليه على
وجه الضمان **قال** واذا وكل الراهن المرتهن كلامه واضح وقوله فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بغير رضى المرتهن وقوله
الا يرى انه اي ان عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن قوله لانه اي عقد الوكالة لازم باصله
فكذا بوصفه وهو الاطلاق لما ذكرنا انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد اي لان عقد الرهن لا يبطل بموتهما ولا بموت
احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة واوصافه التي هي اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق
صرفها للدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان
في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله والوارث يجري فيما له اي لا فيما عليه الا يرى ان
الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله اجبر على بيعه يعني يحبس اياما
حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه اياما ذكر في الزيادات ان القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظ واما على قول ابي ح فقد اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله لما ذكرنا من الوجهين
احدهما انه وصف من اوصافه والاخر فيه توا حقه وقوله قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول ذكر في المبسوط انه ظاهر الرواية
وقوله ان الجواب في الفصلين اي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك واحد اي يجبر فيهما ويؤيده الاطلاق في الجواب في
الجامع الصغير حيث قال فيه اذا ابى الوكيل يجبر من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد او لم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا
وقوله فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا واذا توى كان مال المرتهن بنصب مالا على ما صحح صاحب
النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن قوله وغرم القاتل قيمته يعني يكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو
المولى يستحقه اي هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر فاخذ حكم ضمان المال في حق
المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن غيره اي ليس للعدل ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه

وكلامه

وكلامه مكشوف لكشفه وايضاحه شكر الله سعيه سوى الفاظ وضمائر في حجها زيادة ايضاح فقوله وصح الاقتضاء
اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله وان ضمن البائع اي العدل وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن بشيء
وقوله فانا تبين انه ملكه اي ملك العدل وقوله لم يكن راضيا به اي باداء الثمن الى المرتهن وقوله فله اي فللعدل وقوله
بطل الاقتضاء اي بطل قبض المرتهن وقوله وانما اداه اي انما ادى المشتري الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم
وقوله رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن وقوله لان المقبوض سلم له اي لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله
وان شاء على المرتهن اي وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه
الذي هو دينه على الراهن وقوله لا يرجع به على المقتضي اي على القابض وقوله فيكون البيع لحقه فاذا وقع البيع لحقه
وسلم له جاز ان يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم يكن وكالته مشروطة
في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته
بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله تعدى في
حقه بالتسليم والقبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب في قوله فلانه انتقض
اقتضاؤه اي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله طعن ابي خازم يعني هذا السؤال
طعن به ابو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن وابو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله
والغرور بالتسليم كما ذكرناه يعني بقوله لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اي الى
الراهن كانه وكيل منه اي كان المرتهن وكيل من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل والملك
يحصل ذلك اي بكل واحد من التسليم والانتقال متاخر عن عقد الرهن اما بالتسليم فظ لان التسليم كان بعد العقد فتبين انه رهن
غير ملكه واما بالانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن استند
اليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الراهن
متاخرا عن عقد الرهن فكان رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال
والمضاربة نافذة وان كان الملك متاخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال
من المرتهن اليه وكل ذلك متاخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد
تقدم فصار كانه انشاء العقد بعد الرجوع فنفذت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله بخلاف
الوجه الاول يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه ويتبين انه
رهن ملك نفسه وقوله وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينهما وبين مسئلة الرهن
وقيل يحتمل ان يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم
ظهر العبد فانه للراهن لكون قرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك ثبت للراهن فيه من وقت
التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك **باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره**
التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما يكون بعد كونه رهنا فكان متاخرا طبعا فأخره وضعا **قال** واذا باع
الراهن الرهن اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن او لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد فيه في موضع

قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يعرف ان القاضي يفسخه اذا خوصم اليه فيه وطلب
المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازه وسلمه وذلك لان من تصرف في ماله تعلق به حق الغير جاز موقوفا
كمن اوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضيا
وكذا لو قضاه الراهن دينه فان اجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي يوسف انه
شرط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد
فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله ولاية الفسخ الى القاضي لا اليه
اي لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله لما ذكرنا يعني لفوات القدرة على التسليم وقوله ولو
باعه الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو اجاز المرتهن
البيع الثاني جاز الثاني ولو اجاز الاول جاز الاول وهذا لان المرتهن يتعلق بالثمن الا يرى انه قد يرهن ليباع فاتمها اجازه
المرتهن وسلمه اليه نفذ ويأخذ الثمن رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية
المذكورة باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم يصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا
ويصح هو والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك ان من تعلق حقه بشيء وتبدل باجازته الى غيره فان كان البدل
مما تعلق به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا واجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان
داخلا في العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه فاذا آجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود
جاز البيع الاول وسماه اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن بعضها ان كان
فيه بدل لكن ليس مما تعلق به حقه كما في الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن منها
حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المص عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة
اعتمادا على كونه معلوما قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان
او معسرا وللشافعي اقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال وفي المعسر في تنفيذه ابطال حق المرتهن
فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه
وكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض والآبق والمغصوب فانهما يشتركان المرهون في فوات يد
المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضي متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضي فلانه
تصرف صدر عن اهله ولا نزاع فيه وصادف المحل لانه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب تملكه
قبل الرهن واما انتفاء المانع فلان عارض الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن
كما هو عندنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فبقي العين على ما كان على
ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما اذا اعتق احد
الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلان
لا يمنع الادنى وهو المرتهن اولى فان قيل ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع وهذا منع النفاذ
في البيع والهبة اجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه ان حق المرتهن انما صلح مانعا في البيع والهبة لا عدامه قدرة العاقد

على التسليم المشروط لصحة العقدين وليس في ذلك بموجود في الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله واعتاق الوارث جواب عما
تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى ان اعتاقه لغو وصورته مريض اوصى برقبة عبده لشخص لا مال له غيره
ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب ان يكون في الرهن ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر
الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واما عندهما فلا اشكال لانه يعتق في الحال وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى اول
الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وهو
ظ وقوله الا اذا كان بخلاف جنسه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس المرتهن فانه لا يقضي به
دينه بل يبدل به جنس حقه يقضي به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب السعاية على العبد وقوله نذكره
يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاد الامة المرهونة وقوله وعندهما التكميله يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه نقصانا
لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا اداها كمل العتق وقوله الا رواية عن ابي يوسف فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في
يد المرتهن وقوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا يعني ان الرهن اذا هلك في يده كان بالهلاك مستوفيا من حيث المالية وباقي كلامه واضح قال
ولو دبره الراهن صح تدبيره الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق واما عندنا فظ لانه يوجب حق العتق و
حقيقته لم يمنع فحقه اولى واما عنده اي عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله واذا صح يعني التدبير
والاستيلاد خرجا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عندهما فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفا
وكلامه واضح وقوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما وقوله و
الواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيده بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه تجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك
كما سيجيء وقوله كانها هلكت بآفة سماوية حتى يكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن تعليل
ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا واجيب بان العين قد تغيرت فكانت
بمنزلة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة
فسقط قدر النقصان من الدين عند القتل بخلاف ما اذا لم يتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها
من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله فان نقصت عن الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب و
قوله واذا اعار المرتهن الرهن للراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها
غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير اطلق الاعارة وقوله المنافاة بين يدي العارية
ويد الرهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم
الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية
وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وازلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو
محسوس لا يرد ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لمنافاة بين يدي العارية ويد الرهن وقوله وهذا اي ما ذكرنا من اعارة احدهما باذن
الآخر اجنبيا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة
والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن والمرتهن اذا هلك حالة الاستعمال

او اجنبيًا ولا يرتفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد الرهن واما الاجارة فالمستاجر ان كان هو
الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو اعار منه او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة
او اجنبيًا بمباشرة احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا
بالاستيناف واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن او من اجنبي بمباشرة احدهما باذن الآخر واما
من الراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن
قال ومن استعار من غيره ثوبًا ومن استعار ثوبًا ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان الاول
فارهنه المستعير به من قليل وكثير كان جائزًا عملًا بالاطلاق وكان ذلك تبرعًا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات
ملك العين واليد جميعًا بان استاذن ان يقضي دينا عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع
العين واليد فيه فالجواب ان الاتصال غير مانع لعدم استلزام احدهما الآخر فانه يجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين
ثبوتها كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كالبائع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون ملك العين و
اذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين قوله لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة
عن التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما اذا اعار ثوبًا واطلق وان كان الثاني سواء كان المقيد بالقدر
بني الزيادة عليه لفوات الغرض فان الاحتباس بما يتيسر اداؤه اذا احتاج الى فكاكه وهو اقل ما لو في الزيادة زيادة
ضرر وفي النقصان لان غرضه ان يستوفي اكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الا
ستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه ظ وقوله وجب مثله اي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك
وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت اكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه
وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله على ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيًا دينه بماله وكذلك قوله
لما بيناه اشارة اليه وقوله افتكه جبرًا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران
يعني جبرانًا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه وقوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال في النهاية ليس يجري على
اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر القيمة لا ما كان اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الفا
ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من
ذلك وليس بوارد على المص لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله
لانه صار قاضيًا دينه بماله ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن وغيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال
المستعير هلك قبل الرهن او بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكره والبينة للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل
اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه وهو
الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين
بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله ولو اختلفا هكذا في نسخة قرأتها على الشيخ وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال
في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو لان في لفظ كما تخالف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو
المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله في انكاره اصله يريد عقد العارية وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد

العين يعني ان المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد قيمة الرهن كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى
دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار عبدًا او دابة ليرهنه واضح وقوله
في آخره واما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر يعني بتسليم الرهن الى المرتهن يسعى في جعل المستعير في الرهن بمعنى
المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظ اذا كان الاستعمال قبل الرهن
اما بعد فكاكه فليس فيه تحصيل مقصود الآمر فلا يكون دافعًا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد اجيب بان الرد
الى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ
بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كانه رد الى صاحبه حكمًا وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره
المص هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شيخ الاسلام فهو ان المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق دلت عليه
هذه المسئلة قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة معناه واضح وعني باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراده و
بالمحترم هو ان يكون غيره ممنوعًا عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال يعني ان يكون الجناية في النفس و
ما دونها خطأ واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله اما الوفاقية يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها
وهي ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على مولاه
وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من له فاذا جنى عليه لو وجب عليه شيء لكان واجبًا
له عليه وذلك بط ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها يوجب الضمان واجاب المص بما في الكتاب
بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق بها دمه والمولى اجنبي عنه يوضحه ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة
للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه
اذ المرتهن غير مالك للعين يوجب الضمان كما اذا حصلت على اجنبي آخر فان قيل مالية محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب
الضمان اجاب بقوله وفي الاعتبار وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان يسقط حقه في الدين فان ابقاءه
رهنًا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم
يكن غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله فدفعناه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد
الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلًا ذكره بلفظ الدافع ولو قوعه في صحبته او التغليب سماه دافعًا و
ثناه وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه لكونه مخاطبًا بالدفع او الفداء
كالراهن فكان حكم الدفع او الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله وان كانت
القيمة اكثر من الدين بان كانت الفين والدين الفًا واتلف متاع المرتهن يقال للراهن اما ان تقضي نصف دينه او
تباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شيء من الثمن اخذ
الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن
وان قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهنًا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح
وقوله وهذا اي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن وعلى المرتهن هدرًا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن والمرتهن لان
الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدًا يساوي الفًا بالف

نقصان القيمة بتراجع السعر بعدما قبض الرهن لم يتغير فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن
يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله حتى لا يزداد على بدل الحر نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله
لان المولى استحقه دليل قوله لانه لا تبدل المالية في حق المستحق وقوله او نقول دليل آخر اى لا يمكن ان يجعل المرتهن
مستوفيا الالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدى الى الربوا فيصير مستوفيا المائة و
تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي فقط واعلم ان صور المسائل ههنا ثلث تراجع قيمة
الرهن من الف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذى قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد
العبد المرهون ودفعه به واقوال العلماء فيها ايضا ثلثة اما عند ابى ح وابى س فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد
وهو ان الراهن يفتكهما بجميع الدين بلا خيار وقول محمد في الاولى كقولهما وفي الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان يأخذ
الرهن بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما نذكره وقول زفر ان حكم الصورة الاولى
والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكهما بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمهما ان
التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال
مذكورة في الكتاب في قوله ولهما ودمائه يعني صورة ومعنى اما صورة فظ واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الآدمية
والشرع اعتبره جزاء من حيث الآدمية دون المالية الا ترى الى استوائهما في حق القصاص وكذا في حق الدفع ايضا
وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله كالمبيع اذا قتل قبل
القبض والمغصوب في يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين ان يأخذه بكل الثمن و
بين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين ان يأخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب
بقيمة المقتول وقوله وانه منسوخ يعني بقوله م لا يغلق الرهن ثلثا وقوله ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله
فهو على هذا الخلاف قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا
عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا
حاجة الى ان يقول بعد ذلك فهو بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا
تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك تشوش بمثل صاحب الهداية الذى حاز قصبات
السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع و
لا تكرار ثمه واذا قتل العبد الرهن قتلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن اذا كانت القيمة والدين سواء اما اذا كانت
القيمة اكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العين في ضمانه وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن
يعني واذا كان على المرتهن ولو اداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا
قصاصا فيسلم الرهن للراهن لا يكون متبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله وحق ولي
الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى لو جنى
العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى اى لتقدم دين
العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن

يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان
شاءا بان اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء
ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكر جناية ولد الرهن وقوله لا تسقوط الدين امر لازم فدى
او دفع يعني ان الراهن اذا خوطب فلا بد له من احدهما وايهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بعد الدين متطوعا
وقوله وان كان غائبا ذكر في الاسرار ان المراد بالغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي ح وما بعده هو الموعود
بقوله وسنبين القولين وما بعده واضح الخ **فصل** هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب
ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة وان نقص سقط من الدين بقدره
ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد الوصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شئ من الدين عندهم وانما
يتخير الراهن بين ان يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين ان يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند المرتهن عند ابي ح وابي س وعند
محمد بين ان يفتكه ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا وقوله
لانه ما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء
وتصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل
في الابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا
وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل واعلم ان العصير المرهون اذا تخمر فاما
ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين او كافرين او يكون الراهن وحده مسلما او بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله
تخلل او لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المص حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه
وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخلل او لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية
وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن في ذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك
واذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة اليهم فلان يجوز في المرتهن الكافر وهي له محل بالنسبة اليه
واما اذا كان الراهن كافرا فله ان يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن
المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها والخل له ويقع
المقاصة ان يكون دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله فهو رهن بدرهم
يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك
بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم
الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت اكثر
او اقل فهي مذكورة في النهاية **قال** ونماء الرهن للراهن الاصل ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد
واذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جملة
الام ولا يتفرد من عليه بابطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة وانما قيد بذلك لئلا يرد كفالة
الحرة فانها ما تسري الى الاولاد والزكوة بعد كمال الحول كذلك فانهما يثبتان في ذمة الكفيل والمال لا في عين الامهات

ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه يتفرد بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا بالاولاد لصلاحيتها للاحكام الاوصاف
لئلا يرد ولد المغصوبة والمستاجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح للاحكام هذه
الاوصاف اما في غير الغصب فظ واما في الغصب فلان الضمان يعتمد تفويتا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا
ظهر هذا علم ان نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له
في الاصل وصفا لازما من الملك وكونه رهنا فيسري الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط
لها مما يقابل بالاصل اذا لم يكن مقصودة لانها لم يدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الاصل وبقي
النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه
صار مضمونا به اذ لو هلك قبله هلك مجانا والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا
صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه
لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن وقوله وتصور المسائل على هذا الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة الدين
على قيمتهما يوم القبض والفكاك تخرج ونحو ذلك كثير وتطويل فاعرض عنها وبابعناه في ذلك وقوله فيصح تعليقها
بالشرط قوله فما حلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله لانه اتلفه باذن المالك فيه
اشارة الى انه لو اتلف بغير اذنه ضمن وكان القيمة رهنا مع الشاة وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن **قال**
ويجوز الزيادة في الرهن الزيادة في الرهن مثل ان يرهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا و
الزيادة على الدين لا يجوز عند ابي ح وم خلافا لابي يوسف وقال زفر والشافعي لا يجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف
معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وهو ان تزوج المولى امته من رجل بالف ثم زوج امة اخرى بذلك الالف وقبل
الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكر في الاسرار وطريقة البرغري وغيرهما ان ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين
الضرير انه قال يجوز ان يكون مرادهم من قولهم لا يجوز الزيادة في المنكوحة ان يقول المولى زدتك امة اخرى بذلك المهر اما
لو قال زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم ان يصح وقوله الا يرى انه لو رهن عبدا بخمسمائة يعني من الدين الذي
هو الف فيكون بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله والالتحاق
باصل العقد الى قوله افسد الجامع الذي ذكره ابو يوسف وهو واضح وحاصله ان الالتحاق باصل العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة في
المعقود عليه او المعقود به والزيادة في الدين ليست بشيء من ذلك اما انه غير معقود عليه فظ واما انه ليس بمعقود به فلوجوبه
بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله ويسمى هذه
زيادة قصدية يعني بخلاف نماء الرهن فانه ليس بزيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله واذا ولدت المرهونة
ولدا يعني اذا رهن جارية بالف يساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا
وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام
يوم العقد فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة
بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام
قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت

مع الام فصار كانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان
فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بالتقرير فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات
الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام ولا ولدها معها **قال** فان رهن عبدا يساوي الفا كانت واضح
وقوله على ما بيناه من قبل يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لزفر فهو يقول ان الضمان في باب
الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابراء وقبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء ولم يبق الدين يعني
ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء اي بسببه
ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن
بعد الابراء فانه يضمن فقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا للاستيفاء ولا يبقى منعه والجواب
عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام
الموجب وهو العقد الذي لزم الدين الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبته مثله فيفضي الى الدور فاما هو يعني
تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو يكون للتوكيد فاذا هلك يعني الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي
فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله وكذا اذا اشترى معطوف على قوله ولو استوفى وقوله
لانه اي لان كل واحد من الشراء والصلح على عين الاستيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا وقيمته ان هلك في يده قبل الرد
وقوله لانه يعني البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي ان يكون بمعنى
الابراء فيهلك امانة ووجه ذلك ما اشار اليه ان الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط لانه يرى
براءة بعقد الحوالة الخ وقوله لانه يعني المحال عليه نائب الوكيل عن المحيل بقضاء الدين وقوله وكذا لو تصادقا على ان لا
دين ثم هلك الرهن اختيار بعض المشايخ اختاره المص ومنهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين
كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك امانة لان
بتصادقهما انتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ووجه مختار المص ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق
على قيامه يعني بعد التصادق على عدمه لجواز ان يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه فيكون الجهة باقية وضمان الرهن
يتحقق بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من تمام الجواب عما هنا نقوض على وجوب الاستحسان
في صورة الابراء والاولى ان يرجع الى قوله فيكون الجهة باقية **كتاب الجنايات** ذكر الجنايات عقيب الرهن
لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن اجزيتها محاسن
الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه في الشرع خص بفعل محرم
شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد يزول به الحيوة والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب
الحدود وشرطها كون المحل حيوانا **قال** القتل على خمسة اوجه القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان
ارث خمسة اوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هؤلاء المذكورة وقال صاحب
النهاية لانه اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان كان به قصد القتل او لا فان كان فهو العمد و
ان لم يكن فهو الخطاء وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان كان معه قصد التاديب بالضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن قصد التاديب

فلا يتخ اما ان كان جاريا مجرى الخطاء ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل جاريا مجرى الخطاء
واحد منهما وضعفه وركاكته ظاهران وقوله اوما جرى مجرى السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة
القصب وهي قشره وقد تقدم وقوله وقد نطق به غير واحد من السنة منها ما قال عم في خطبته بعرفات الا ان دماءكم و
نفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في مقامي هذا ومنها قوله عم لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرء مسلم
وقوله والقود يعني القصاص معطوف على قوله المأثم اي موجب القتل العمد الاثم في الآخرة والقصاص في الدنيا كقوله تع كتب عليكم
القصاص في القتلى وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطاء لكنه يقيد بوصف العمدية بقوله عم العمد قود اي موجبه والحديث
مشهور ولان الجناية بها اي بالعمدية يتكامل وقوله لا شرع لها دونه كذلك اي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير
حجته ان العمدية يتكامل بها الجناية وكل ما يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله العقوبة المتناهية حجة اخرى
تقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظ وقوله ثم هو يعني القود وقوله وهذا
لانه تعين مدفعا للهلاك يعني لان القاتل في الامتناع من اداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا يسفه ويلقي نفسه
في التهلكة فيجبر عليه ويمنع عنه شرعا ولنا ما تلونا من قوله تع كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به ان الله تعالى ذكر في الخطاء
الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطاء وهو العمد ولما تعين بالعمل لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة على
النص بالرأي ووجه التمسك بالسنة ان الالف واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود ينصرف اليه ففيه تنصيص على حكم
جنس العمد فكان من عدل عنه الى غيره زاد على النص اشار ابن عباس رض في قوله العمد قود لا مال فيه الى ذلك ووجه المعقول ان
المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لان الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فانى يتماثلان بخلاف القصاص
فانه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبر للورثة فيتعين فان قيل كيف صلح المال موجبا
موجبا في الخطاء والفائت فيه مثل الفائت في العمد اجاب بقوله وفي الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه
لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمي مكرم لا يجوز اهدار دمه على ان ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس
والعمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك
وذلك لجواز ان يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما اخذ المال صلحا وقد اجيب بان
في الصلح المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله عم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا
الدية وبان الشرع اوجب القصاص بمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا تقتضيه
فكان مبنيا على النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة
المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص بمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه
اهل الجاهلية من قتل قبيلة بواحد لانهم كانوا يأخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا اما ملكوه
وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص واذا ثبت ان الاصل هو القصاص
لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل ان يعفوا احد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء او ان يكون محل القصاص ناقصا بان يكون يد
قاطع اليد اقل اصبعا وامثال ذلك وقوله ولا كفارة فيه عندنا اي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص او لم يجب كالاب اذا
قتل ابنه عمدا وعند الشافعي يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطاء لانها لستر الذنب والذنب في العمد اعظم

فلا يجب الكفارة
قلنا انه كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه اصول الفقه وقوله ولان
الكفارة جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل هب ان القياس لا يصح فليلحق دلالة لانهما متماثلان في المناط وهو الستر
ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطأ فالجواب ان المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما لا يستر بها
لعدم صلاحيته لعليتها كما مر فان قال قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع اتينا رسول اي لعدم صلاحية الذنب لعلية الكفارة
الله عم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون
بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى
ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء يقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو وجبت الكفارة لكان المذكور بعضه
وهو خلف قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رح اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال ابو حنيفة رح شبه العمد هو ان يتعمد الضرب بما
ليس بسلاح ولا اجري مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبير ومدقة القصار او لم يكن كالعصا الصغيرة كالمحدد وليطة القصب
وقالا هو ان يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات فاما اذا والى فيها فقتل شبه عمد
عندهما وقيل عمد محض فالاسم هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمدية فيه والا لكان عمدا واقتصاره انما يتصور في
استعمال آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعماله غير القتل كالتأديب ونحوه لا في استعمال آلة لا تلبث
فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل ولابي حنيفة رح قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان
بن بشير رض ووجه الاستدلال انه عم جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه العمد فتخصيصه بالصغيرة ابطال للاطلاق وهو
لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساويا في كونهما غير موضوعين للقتل ولا مستعملين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة
من المقصود قتله وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالبا واذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة
وقوله وموجب ذلك اي موجب شبه العمد على القولين يعني قول ابي حنيفة رح وقولهما الاثم لانه وهو قاصد في الضرب على ما مر قتل م
من تفسيره والكفارة لشبهه بالخطاء والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث
من بعد فهي على العاقلة احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما نصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن
اقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصور يجب الدية على القاتل وقوله لقضية عمر يعني ما روي عنه رض
انه قضى بالدية على العاقلة في ثلث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله صلعم لانه مما لا يعرف بالرأي وقوله فيجب عليه
ما اسلفناه قيل اراد قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا الحديث لكن المعهود من المص في مثله ان يقول ما رويناه
والحق ان يقال انما قال اسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال والخطاء على نوعين انما انحصر الخطاء في نوعين لان الرمي الى
شيء مثلا مشتمل على فعل القلب هو القصد والجارحة وهو الرمي فان اتصل الخطاء بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو
الثاني وقوله لما بيناه اشارة الى قوله ويجب في ثلث سنين بقضية عمر رض ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين لقوله عم رفع عن امتي
الخطاء الحديث وقوله ويحرم عن الميراث لان فيه اثما بدليل وجوب الكفارة والحرمان يجب من انواع القتل فيما هو جناية
قتل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال الى الميراث وهذا كذلك لاحتمال انه قصد الا انه اظهر الخطاء من نفسه وقد
ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض مستوفى بتأييد الله وقوله بخلاف ما اذا تعمد متصل بقوله وموجب ذلك
الكفارة والدية وصورته ذلك رجل تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو اراد يد رجل

فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ وما اجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد
ولا بالخطأ الا انه كالخطأ في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله وقوله لان الشرع انزله قاتلا يعني في حق
الضمان فكذا في الكفارة والحرمان ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما الحق
في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى في حق غيره على الاصل فان قيل الحافر في غير ملكه آثم وما فيه اثم
من القتل يصح تعلق الحرمان به كما ذكرتم في الخطاء اجاب بقوله وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه يعني الاثم الحاصل بالقتل
يصح تعلق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت وقوله وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما
سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد وخطأ لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة فان اتلاف النفس لا
يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الا يرى ان فقأ العين كما يقصد بالسكين
يقصد بالسوط والعصا الصغيرة **باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب** لما فرغ من بيان اقسام القتل
وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة **قال** القصاص واجب
بقتل كل محقون الدم على التأبيد هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك وقوله على التأبيد
احتراز عن المستأمن فانه محقون الدم لكن شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المبنى عليها القصاص لا بد من ضم العمدية
لما بينا من قوله م العمد قود ومن ان الجناية تتكامل بها وفيه بحث من اوجه اربعة الاول ان العفو مندوب اليه وذلك ينافي وصف
القصاص بالوجوب الثاني ان حقن الدم على التأبيد غير متصور لانه ما يتصور منه ان يكون للمسلم في دار الاسلام وهو يزول
بالارتداد والعياذ بالله الثالثة انها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التأبيد لثبوت
المساواة واذا قتل المستأمن مستأمنا وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء
ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني ان المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به و
رجوع الحربي الى داره اصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الابوة وعن الرابع بان البقاء
الى النقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تع كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن
قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله م العمد قود وذكر قول الشافعي
ووجهه وهو واضح وقوله وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيهما فيجري القصاص
بينهما فان قال جاز ان يكون بشبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر يمنع منه كما بين المسلم والمستأمن
فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص معناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين
وليس كذلك وقوله والنص تخصيص بالذكر جواب عما استدل من المقابلة في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا
ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل
غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رض روى ان قبيلتين من العرب تعدى احدهما فضلا على الاخرى اقتتلتا فقالت ذات
الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تع هذه الآية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن
الاطراف وقد اجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة
بينهما في ذلك لان الرق اثر في اجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمدها في العصمة وقد تساويا فيها على ما مر **قال**

والمسلم

والمسلم والذمي فيه سواء اختلف العلماء في ثبوت القصاص المسلم بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو ح واصحابه
الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدل الاولون بما روى ابو جحيفة قال سألت عليا رض هل عندكم من رسول الله
سوى القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الا ان يعطي فهما في كتابه وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير
ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل
اذا كان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح للدم لقوله تع قاتلوهم حتى لا يكون فتنة اي فتنة
الكفر فيورث شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابرهيم ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة
فرفع ذلك الى رسول الله م فقال انا احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل وفي دلالة على المطلوب جلاء لا يجاري وترد بان
مداره على ابن البيلماني وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ ابن البيلماني حديثه منكر وروى عن ربيعة ان النبي م قتل مسلما بمعاهد
وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن البيلماني لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن
المبهم من ائمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني
عنده او الدار يعني عندنا فيثبت وقوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره انا لا نسلم ان مطلق الكفر
مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تع قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله والقتل شرع لدفع قوله
فيورث الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لا يورث الشبهة اذ لو اورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا
يجري بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم قلنا فيكون قتل قاتل المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله
والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي رض وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو ج عن علي رضي الله عنه
لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المص بقوله لسياقه
ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه ليس كذلك لان الاول
الى ان لا يقتل ذو عهد من عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تع آمن
الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذا لابد
من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضنا
دليلا لا يكونه دليلا هذا خلف فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من وجهين احدهما
المسلم دخلت دارهم بامان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه والثاني ان يقتل من لا يحل قتله من اهل الحرب كالنساء
والصبيان وهذه المسئلة من معارك الاراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله ولا يقتل يعني المسلم بالمستأمن
لانه غير محقون الدم على التأبيد كما تقدم في اول الباب ولان كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع الى داره فكان
كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا من انه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل هو اشارة الى قوله م ولا ذو عهد في عهده
وليس بواضح لان المفهوم منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هنا بالحربي اعم من ان يكون مستأمنا
او محاربا وهو الحق ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعبر عنه بقوله لما بينا لان التقدير المذكور
ليس بمروي وانما هو تأويل فلم يقل لما روينا وقوله للعمومات يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها و
قوله ولان في اعتبار التفاوت الخ يصلح للجميع ما خالفنا فيه الشافعي **قال** ولا يقتل الرجل بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله م

اي القائلون بعدم ثبوت القصاص المسلم بالذمي قلت وما في الصحيفة م
لقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة

لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا للاحياء وهو وصف معدّل ظهر اثره في جنس حكم المعلل به فانه لا يجوز
ان يقتل والده وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى
الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم اسباب للاحياء فلا يجوز ان يكون سببا للافناء قوله والقصاص يستحقه المقتول
جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه ولو قال نحن المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال
والجواب وقال مالك رح انه يقاد به لانتفاء شبهة الخطاء من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف او سكين فان فيه توهم
التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال المص وهو باطلاقه حجة على مالك وطولب بالفرق
بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرجم واجيب بان الرجم حق الله على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال يجب
ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله عم انت ومالك لابيك صار شبهة في الحد وقوله لما بينا اشارة الى
قوله لانه سبب لاحيائه وقوله ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن في ويستوجب وجاز ذلك بلا تاكيد بمنفصل
بوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على ابيه اذا قتل الاب عبد ولده وقوله ومن ورث قصاصا على ابيه يعني مثل
ان يقتل ام ابنه مثلا وقوله ولا يستوفى القصاص الا بالسيف يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف
وقال الشافعي ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يده رجل فمات منه فعل به مثل ذلك وتمهل مثل تلك المدة فان مات و
الا تحز رقبته وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتله او لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص
المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة في الاصل والوصف اي الفعل والمقصود منه ولنا قوله عم لا قود الا بالسيف
وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف اجيب
بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه وهذا مختار صاحب
الاسرار وفخر الاسلام قدره بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة رح في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد
قررناه في التقرير وقوله ولان فيما ذهب اليه دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لا نم
وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الحز بعد ما فعل مثل ما فعل به وانه غير
جائز لادائه الى استيفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه
واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث
الا المولى اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو اما ان يكون ترك وفاء او لم يترك فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون له وارث
غير المولى او لا فان كان الثاني فللمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ارى في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في
الكتاب وكانه حام حول الدرء بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين الخ وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل هذه الشبهة
لانحطاطها عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص واحد وحكمهما لم يختلف صار السببان كسبب واحد واما اذا
رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيمكن ان يكون معتبرة وان كان
الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر لان الصحابة رض اختلفوا في موته على نعت الحرية او الرق فانه
على قول علي وابن مسعود رض يموت حرا اداء لكتابته فيكون الاستيفاء للورثة وعلى قول زيد بن ثابت رض يموت عبدا فيكون
استيفاء القصاص للمولى بخلاف الاول لان المولى متعين فيهما وان كان الثاني وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء فهو كما ذكر ولم يذكر

اى يقطع رقبته

اى عن المساواة

يعني ان لم يكن له وارث غير المولى

يعني ان كان له وارث غير المولى

ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له او له ورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب وقوله بخلاف معتق
البعض اذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بيقين ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه وقوله واذا
قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول الاستيفاء لانه من باب الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها اي الى
النفس وهو تشفي الصدور فيليه كالانكاح ولا يتوهم ان كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك
الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضررا بنفسه فجعل ما يحصل له من التشفي
كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله اي لولي المعتوه ان يصالح لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه انظر في حق المعتوه
وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله لانه ليس له ولاية على نفسه اي نفس المعتوه وهذا
اي الاستيفاء من قبله ويندرج تحت هذا الاطلاق يريد قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك وقوله الا ان الوصي لا
يملك الصلح يعني عن النفس واما ما دونها فيملكه وقوله وانه اي المال يجب بعقده اي بعقد الوصي قال ومن قتل وله اولياء
صغار وكبار اذا كان في اولياء القتيل صغار وكبار فاما ان يكون فيهم الاب او لا فان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا
بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظ على ما ذكر ووجه ابي ح
مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء
يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يورث حال الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى
لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد كملا كما في الولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص
بعفو احدهما كما لو تعدد القتيل وعفى احد الاولياء فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة واجيب بان الحق واحد
فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل
فان الحق ثمه متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره وقوله ومسئلة المولين ممنوعة جواب عن قولهما وكان بين
المولين وسند منعه ما ذكر في الاسرار لا رواية في عبد اعتقه رجلان ثم قتل وقتل وله موليان فيجوز ان يقال لا نم
ان احدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فاحد المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان
بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب اصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف حد وشطر علة وقوله ومن ضرب
رجلا بمر الخ واضح وكذا قوله ومن غرق صبيا وكما بينا اشارة الى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله
لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول وقوله ولا مرية في العصمة
اي لا شك فيها وقوله ومنه المحلين الجلم الذي يجز به وبما جلمان وقوله غير مرفوع لانه يلزم على قوله التحريق وهو منهي
عنه قال صلعم لا يعذبوا احدا بعذاب الله وهو محمول على السياسة وقد اومت اي اشارت اليه اي الى كونه محمولا على
السياسة اضافته الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله واختلاف الروايتين مرفوع على الابتداء وقوله في
الكفارة خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن ابي ح رح انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروى
الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله لوجود السبب يعني سفك دم محقون
على التابيد عمدا او عدم ما يبطل حكمه يعني من عفو او شبهة وقوله واذا التقى الصفان ظ وقوله احد نوعي الخطاء يريد
الخطاء في القصد وقوله وكذا الدية منصوب عطفا على الكفارة وقوله على ما نطق به النص يريد به قوله تع ومن قتل

القصة

بالتحريق

مؤمنا خطأ الآية وقوله ولما اختلف سيوف المسلمين اى توالى روى ان سيوف المسلمين توالت على اليمان ابى حذيفة فى بعض الليالى
فى غزوة خندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله عم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله ومن شج نفسه واضح
وقوله وفعله بنفسه هدر فى الدنيا يعنى فلم يكن معتبرا فى حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافى وقوله يغسل ويصلى
عليه اثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كانه مات حتف انفه لمرض من غير فعله على نفسه وقوله ولا يصلى
عليه لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغى وقوله فلم يكن هذا مطلقا متعلق بقوله هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة والكل واضح
فصل لما فرغ من بيان المسائل التى توجب القصاص الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التى لها عرضية ايجاب القصاص
وهى كلها من جنس واحد وكلامه واضح وقوله اطل دمه اى اهدر وقوله والمعنى اى ومعنى الوجوب دفع الضرر لان الواجب
هو دفع الشر على اى وجه كان لا عين القتل وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر من الحديث والمعقول وقوله وعلى هذا الخلاف الصبى
والدابة يعنى اذا صالا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة وقوله فاشبه المكره يعنى ان المكره لما صار
مسلوب الاختيار من جهة المكره اضيف التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فاشبه المكره يعود على المكره فيقتله
وقوله قاتل دون ماله اى لاجل ماله وقوله فكذا استردادا فى الانتهاء لانه اسهل من الابتداء باب القصاص فيما دون النفس
لما فرغ من بيان القصاص فى النفس شرع فيما هو بمنزلة التبع وهو القصاص فى الاطراف وكلامه واضح وقوله ولا معتبر
بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا يرد الشجة الموضحة اذا اخذت ما بين قرنى
المشجوج ولم تاخذ من الشاج لكبر راسه فان الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين ان لا يقتص بمقدار شجته وبين اخذ
ارش الموضحة لان المعتبر فى ذلك الشين بالاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج وباخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على
فاتت المماثلة الواجبة فى القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو بمقدار شجته وترك الصورة وان شاء اخذ ارشها
وقوله على ما قال فى الكتاب يعنى القدورى وهو ماثور عن الصحابة رض روى ان هذا حدث فى زمن عثمان فسال عند الصحابة
فلم يكن عندهم فيه شئ حتى جاء على فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رض وكان بمحضر من الصحابة رض وقوله لما تلونا اشارة الى
قوله تع والجروح قصاص فى بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله ولا قصاص فى عظم الا
فى السن هذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رض فان كان السن عظما فالاستثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين
غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اصلها ان قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة فربما
يفسد به لسانه كذا فى المبسوط وان كان غير عظم كما قال البعض فقوله عم لا قصاص فى عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع
وقد اختلف الاطباء فى ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم
وكانه وقع عند المصنف انه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله وليس فيما دون النفس شبه عمد قد ذكره مرة لكنه ذكر
هناك انه عمد وههنا انه عمد وخطأ فيحمل الاول على ان المراد به ان امكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما
دون النفس وامكن القصاص جعل عمدا روى ان الربيع عمة انس بن مالك رض كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة فامر
النبى عم بالقصاص واللطمة اذا اتت على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش وقوله ولا
قصاص بين الرجل والمرأة ظ وقوله الا فى الحر يقطع طرف العبد يعنى لا يجب القصاص فيه عنده ايضا والشافعى اخذ بقول ابن ابى
ليلى وسلكا فى الباب طريقا سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء

النفوس

فى النفوس فكذلك فى الاطراف لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى
القيمة وهو اى التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا
ولا يبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن فلا يكون مساويه ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما
قطعا امكن اعتباره بخلاف التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله فان قيل ان استقام فى الحر والعبد لم يستقم بين
العبدين لامكان التساوى فى قيمتهما بتقويم المقومين اجيب بان التساوى انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا
لا يثبت بذلك كالمماثلة فى الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت فى البدل وانه يمنع الاستيفاء
لان المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون الانقص فان الشلاء يقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المرأة
بيد الرجل فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان
يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس فيه منفعة فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغى ان
لا يعتبر فيما سلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا فى المنفعة ينتفى به المماثلة ينبغى ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة
الاكمل عملا لا يلزم ان يكون باذلا للزيادة فى الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل
بالاطراف وابا فى ظ قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد كلامه واضح وقوله لان حقه متعين فى القصاص لانه لو زال الشلل
قبل ان يستوفى الارش لم يكن له الا القصاص هذا عندنا وعند الشافعى ان الواجب احد الشيئين اما القصاص والارش
فاذا تعذر احدهما لفوات محله تعين الآخر وقوله ومن شج رجلا قد قررناه فى الفرق بينه وبين قطع يد رجل ويد القاطع
اكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله فى عكسه يتخير ايضا وهو ان يكون راس المشجوج اكبر من راس الشاج لانه استوفى المشجوج
مثل حقه مساحة كان زيادة فى الشين من الاول وان قتص على ما يكون مثل الاول فى الشين كان دون حقه فيتخير بين الا
قتصاص واخذ الارش والباقى واضح فصل لما تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك فى فصل على حدة اذا
اصطلح القاتل واولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان او كثيرا زائدا على مقدار
الدية لقوله تع فمن عفى له من اخيه شئ الآية على ما قيل انها نزلت فى الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق
للام فان عفى اذا استعمل باللام كان معناه البذل اى فمن اعطى وهو ولى القتيل مطالبة بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة و
قال على ما قيل لان اكثر المفسرين على انها فى عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شئ فانه يراد به البعض وتقريره فمن عفى عنه وهو
القاتل من اخيه فى الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو
الدية على حصصهم من الميراث وهو مروى عن عمر وابن عباس وابن مسعود رض فاتباع بالمعروف اى فليتبع غير العافى بطلب حصته
بعد حقه وليؤد القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص ولقوله عم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شاؤا اقادوا وان شاؤا
اخذوا قال المص والمراد والله اعلم الاخذ بالرضاء على ما بيناه يعنى انه ليس للولى العدول الى المال الا برضى القاتل وهو الصلح
بعينه والباقى ظ وقوله نفس معدل بكسر الدال وقوله كالخلع وغيره يعنى كالاعتاق على مال وقوله خلافا لمالك والشافعى فى
الزوجين قال فى النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق فى القصاص والدية جميعا عندهما ونقل من المبسوط
والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك فى الدية خاصة وان الشافعى بقول النساء لا يستوفى القصاص لهن حق العفو
ثم قال ولهذا يعلم ان ما ذكره فى الكتاب من انه لا حظ للزوجين فى القصاص والدية عند مالك والشافعى مخالف لرواية المبسوط

والايضاح والاسرار وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله المصنف

وقوله لهما ان الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث احد الزوجين من الآخر شيئا وهو باطل ولكن يحمل على ان معناه الوراثة

فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيما بالنسب لا بالسبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد

بالنقل والعقل اما الاول فحديث امرأة اشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب واما الثاني فلانهما موروثان

كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت لا بانه يستند الوجوب الى سببه

وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت الا يرى انه اذا وصى بثلث ماله دخلت ديته فيها ويقضى منه ديونه و

كان على ان يقسم الدية على من احرز الميراث وكونه قودا واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح

وقوله لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ

وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكل مؤجل الى ثلث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجلة الى ثلث سنين فان كل

درهم منها كذلك وقوله والواجب في اليد جواب عبارة وهو واضح **قال** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اذا تعدد القاتل

اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه

بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون وصنعاء اليمن قصبتها وروي عن علي انه قتل ثلثة

بواحد وعن ابن عباس انه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة بين متوافقة ولم ينكر عليهم احد فحصل محل الاجماع ولان القتل

بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد

يوجب من جرمه فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن ان يجمع عليه امثاله ويقتل العمد ان لا قصاص

فيؤدي الى سد باب القصاص ولقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع لا يكون معتبرا في الشرع وان كان

فلا بد من ابطال القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما نوع

الفساد من افعال العباد ويربو على ذلك بقوة اثر الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق

الروح الغير المتجزي كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس حضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكره في الكتاب وقال الشافعي

يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة او جهل الاول قتل لهم وقسم الديات بينهم او يقرع وقوله

وهو القياس في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا الا انه عرف بالشرع يريد قضية عمر رضي الله عنه وقلنا ان كل واحد منهم اي من اولياء

القتلى قاتل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزى اصله الفصل الاول فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز

ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما يكون من الجانبين قوله ولانه وجد من كل

واحد جرح يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة

الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني

ولهذا اذا حلف كل منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا ولانه القصاص شرع مع المنافي وهو قوله تعالى الآدمي بنيان

الرب ملعون من هدم بنيان الرب لتحقيق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل بقتله اي بقتل القاتل فاكتفى ولا شيء لهم غير ذلك

وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر **قال** واذا قطع رجلان يد رجل واحد لتعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا

فاذا قطعا يدا فلا قصاص عندنا وقال الشافعي ان وضع احدهما السكين من جانب والآخر من الآخر وامرا حتى التقى السكينان فالحكم ذلك

لان كل منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل اليد وان اخذا سكينا وامراها على اليد حتى انقطعت قطعت ايديهما اعتبارا

بالانفس اما لكونها تابعة لها واما ان يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا او مختلفا

لانا نعلم ان ما انقطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل اليد قصاصا لانتفاء المماثلة وهذا لان

المحل متجزئ فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن ان يجعل كل واحد قاطعا كملا بخلاف النفس فان الازهاق لا يتجزى

وقد مر والباقي ظاهر وقوله وان قطع واحد يميني رجلين فقد بذلك لانه لو قطع يمين احدهما ويسار الآخر قطعت يداه لانتفاء

ينتفي المماثلة لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وبما فوتناه عليه لان المعتبر في حق كل واحد ما استوفاه وليس ذلك

تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه وقوله والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي يعني لان من عليه القصاص حر جواب عن قوله

لان اليد استحقها الاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بحرية عنه

واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل لكونه مملوكا وقوله ويترد حق الآخر يعني

ان حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الآخر له في الاستيفاء موهوم عسى ان يعفو ولا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كاحد الشفيعين

اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له لذلك وقوله لانه وفى به حقا مستحقا يعني انه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه

فيقضى للآخر بالارش وقوله واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وانما قيد بالعمد لانه لو اقر بالخطأ لا يجوز سواء كان مأذونا

او محجورا اما المحجور فظاهر واما المأذون فلانه ليس من التجارة وقوله حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص توضيح لبقائه

على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار كوقوعه بالايقاع و

اذا اقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به وقوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي

جرحا وان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى المحل عمدا وبالنسبة الى آخر

خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد

فيصير فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان

يوصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطؤ بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص

الاول وبالخطاء نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني **فصل** ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن

قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا القطع والقتل اذا حصلا في شخص واحد كان على وجوه اما ان يكونا خطائين او عمدين او يكون

القطع خطأ والقتل عمدا او بالعكس فذلك بالقسمة العقلية اربعة ثم ان كل واحد منهما اما ان يكون قبل البرء او بعده فذلك

ثمانية اوجه وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فذلك ستة عشر وجها فان كانا من شخصين يفعل واحد منهما

موجب فعله من القصاص واخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد وايجاب موجب

الفعلين واهدار احدهما مبني على اصل ذكره المصنف بقوله والاصل فيه ان الجمع يعني الاكتفاء بموجب احدهما واجب فيما امكن

لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول

ويجعل الكل واحدا الا ان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او يتخلل البرء فيعطي كل واحد حكم نفسه فان تخلل

فلا جمع اصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا

جنسا فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان تجانسا خطأ جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف

واكتفى بدية واحدة وان تجانسا عمدا فهذا اختلف فيه قال ابو حنيفة رحمه الله الولي بالخيار بين ان يقطع ثم يقتل وبين ان يقتل ولا يقطع وقوله فان شاء الامام قال اقطعوه قال شمس الائمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام عند ابي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم ان لهم الخيار عند ابي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قالا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذاك عن الجزاء واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب هو الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة وقوله ولان ارش اليد دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطائين وتقريره ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فارش اليد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما يتحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطاء فمبناه على التخفيف الا يرى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وكذا كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله مثله حكومة عدل وسيأتي تفسيرها في آخر فصل الشجاج وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب ومن ضرب مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر يجب فيه حكومة عدل دون الارش لان حكومة العدل انما يكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس لم يبق وليس بموجود وهذا يشير الى انه ان لم يخرج في الابتداء ولا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن الا مجرد الالم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مولما وفي مثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلها يأتي قبل فصل الجنين قوله ومن قطع يد رجل اعلم ان العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفى المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه اما القطع او القتل اذا اقتص او سرى فكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن بما يحدث منه حتى اذا قال شخص لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الساري والمقتصر فكذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القطع لا محالة وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه وما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا يرى ان الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن

اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفى عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فيجب الدية وقوله ولا نسلم ان الساري نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح منع ذلك والجواب ان المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله بل الساري قتل من الابتداء اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله وكذا الا موجب له من حيث كونه قطعا جواب عن قوله او القتل اذا سرى يريد ان القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب اصلا انما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله بخلاف العفو عن الجناية ظ وقوله في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية وفاقا وهو في موضعين احدهما ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية ايضا وخلافا وهو ايضا في موضعين احدهما ان العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند ابي حنيفة رحمه الله يكون عفوا عن ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعنده ارش الشجة لا غير وانما علم بذلك اطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوع عن القطع غير متعرض للعمد والخطاء ومنع الاطلاق بان قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على انه في العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة واجيب بان الوضع مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقريره فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القطع عمدا وقوله كالمريض اذا اوصى باعارة ارضه يعني انه اذا تبرع بمنافع ارضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه الاول القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني ان الوصية باعارة ارضه باطلة وان صحت فحكمه انها الى يسكن الموصى له يوما والورثة يومين ان لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز للموصى له الثلث والثالث ان المنافع اموال فكيف صار نظير ما ليس بمال والجواب عن الاول ان المصنف نفى تعلق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت فيه ذلك شرعا بقوله لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به بتصرف فيه المورث فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي والحكمي او نكاحه ولاية حقيقة او حكما في ماله او حق قابل لها بعد موته وقد قررناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا يختص في المال اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك في قبولية القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله اوصى تبرع كما عبرنا عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز ان يستعار للمطلقة وعن الثالث ان المنافع اموال اذا كان في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من الثلث فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب ان لا يصح في حصته واجيب بان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفى عنه المال بعد سبب الوجوب

فكان بمنزلة ما بسنه أو لا مانع عند الاسرى انه لو وهب له شيئا و سلم جاز **قال** واذا قطعت المرأة يد رجل اذا قطعت امرأة يد رجل
فتزوجها على يده فاما ان يقتصر او يسرى فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع
سواء كان القطع عمدا او خطأ وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين ان موجبها الارش دون القصاص
لانه لا يجرى في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثانى واليه اشار بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطأ
او عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثانى فلها ذلك والدية في مالها عند ابى ح لان العفو عن اليد
اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غرما عليها مما يحدث
منه ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير سقوط القصاص
فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط ههنا اما بقبولها التزوج لان
سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن
استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون
هو المهر اجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصلح القصاص ولا بدله مهرا يجب مهر
المثل وعليها الدية في مالها فان قيل قبولها التزوج يتضمن العفو والعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية اشار الى الجواب بقوله لان
التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل والعفو لم يتعرض
لذلك فيجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا يتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه يريد به قوله لانه هو الموجب
للعمد واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا وان لم يتساويا رد من عليه الفضل على من له ذلك واذا
كان القطع خطأ كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما
اذا تزوجها على ما في اليد ولا شىء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من
عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها ظ وقوله ولا شىء عليها اى لا دية ولا قصاص وقوله
يرفع عن العاقلة مهر مثلها اى قدر مهر المثل وقوله ولهم اى للعاقلة ثلث ما ترك اى ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون
وصية وقوله فاتفق جوابهما في الفصلين يعنى في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفى التزوج على اليد وما يحدث منها
او على الجناية وعبر عنهما بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلثة **قال** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد
كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابى ح وعند ابى يوسف ومحمد و
الشافعى لا شىء عليه على ما سيجىء وقوله ومن قتل وليه عمدا صورته ظاهرة وكذلك دليلهما واما دليل ابى ح فيحتاج الى كلام
فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه فى القتل وهذا قطع وابانه فى الاصل لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد
شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولى يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان
القطع غير القتل لما يضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه وليس اصل المسئلة ذلك وانما هى بناء على انهما اوجبا له قتل النفس و
ذلك يبرئ القاطع عن الضمان فضمنا الايجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل انه ابرأ غريمه عن
الدين ثم رجعوا وقوله وانما لا يجب الحال جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن فى الحال وقوله وملك القصاص فى
النفس ضرورى جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعنى لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافى وهو الحرية كما مر بحيث لا

يظهر الا فى هذه الاحوال الثلث وهى استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف فى القاتل بغيرها والقطع
مقصود اغيرها فيكون تصرفا فيه فى غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان وقوله فاما قبل ذلك يعنى قبل التصرف
بهذه الاشياء الثلثة يريد به القطع فلم يظهر يعنى ملك القصاص لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا سرى جواب عن قولهما
وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم يعف وما سرى جواب عن قولهما وما عفا وما سرى وقوله الصحيح انه على الخلاف يعنى فلا
يكون مستشهدا به وكذلك قوله هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص فى
الطرف فقطع اصابعه ثم عفى وهو اختيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق واما صاحب الاسرار فمنعه وقال الاثم انه لا
يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفى عن الكف وقوله ومن له القصاص فى الطرف اذا استوفاه واضح وقد اشرنا اليه من قبل
وقوله فصار كالامام اى القاضى اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شىء عليه وقوله والمأمور بقطع اليد كما اذا
قال اقطع يدى ففعل فمات لا شىء على القاطع وقوله فى مجرى العادة يعنى ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله
لانه مكلف فيها اى فى المسائل بالفعل اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عقدا كما فى غير الامام من
المسائل يعنى البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمى الى الحربى
وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من
باب الاطلاق اى الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى الصيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا ولو طولب بالفرق بين هذا
وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبى باذن الاب فمات وقاطع يد حربى او مرتد اسلم بعد القطع فانه لا يجب على
المستأجر والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى واجيب بان فى الثلثة
الاول حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الآذن ولو هلك لمالك دابته لم يجب عليه شىء فكذا اذا اذن بسبب الهلاك
والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان
القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا فى غير ملكه وهو يوجب الضمان واما الرابع فلان القتل مع السراية يصير
قتلا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام فى مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا فى
الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع **باب الشهادة فى القتل** القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له
القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه فى باب على حدة ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على
القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابى ح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين لابيهما
على آخر والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وليس لابى ح تمسك بصحة العفو عن المورث
المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز اما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد واما من جهة الوارث فلو عفو
قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان ان السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما ان القصاص
طريقه الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين واستدل لهما على ان
طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفسه قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك
فى المعوض كما فى الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت يقضى به ديونه وينفذ منه وصاياه ولابى ح ان طريقه طريق الخلافة
وهو ان يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل

للملك كما ان الميت ليس من اهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو ان يثبت الملك
للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله بخلاف الدين جواب عن قولهما كالدين لانه اى الميت من اهل الملك فى الاموال
كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن
الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا انسب للقواعد الفقهية فان المحل محل الشبهة فيه مجال وقوله
فان اقام القاتل البينة واضح وقوله لانهما يجران تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو
قال الامام المحبوبى لانهما زعما ان القود قد سقط وزعمهما معتبر فى حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا
يتأتى فيه الاقسام العقلية لانه اما ان يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم اثلاثا لما ذكر فى الكتاب من التعليل واشار
بقوله وحده الى انهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثى الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل
فيه ولا شئ للمشهود عليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا اقر بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله وان كذبهما
اى كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا فلا شئ للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية لما ذكره فى الكتاب وقوله وان
صدقهما المشهود عليه وحده يعنى وكذبهما القاتل غرم القاتل المشهود عليه ثلث الدية لاقراره له بذلك وفى بعض
النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شئ لان ما ادعاه الشاهدان على
القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر
للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما على الثالث وانقلب نصيبهما مالا والثالث لما صدق الشاهدين
فى العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم
فقال المقر له هذه الالف ليست لى ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال واذا شهد الشهود انه ضربه
صورة المسئلة ظاهرة وقوله اذا كان عمدا قول المص احترز به عن الخطاء ثم قال وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح
لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند ابى ح رح كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن قد يكون خطاء
فكيف ثبت القود واجيب بانهم لما شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لم يحل لهم ان
يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه واقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه اشار اليه
بقوله اذا كان عمدا نعم على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المص وقوله واذا اختلف شاهدا القتل ظ وقد تقدم
فى الشهادات ان اختلاف الشاهدين فى الاموال يمنع عن الحكم بها ففى النفوس اولى وقوله لان المطلق يغاير المقيد
فان المطلق يوجب الدية فى ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله فاذا شهدا انه قتله واضح وقوله لانه يحمل اجمالهم
فى الشهادة فيه صنعة التجنيس التام كما فى قوله تع ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام
والثانى بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو فى الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود فى قولهم لا
ندرى باى شئ قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان لا تقبل
شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا
فسقة ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندرى اختاروا حسبة الستر على القاتل واحسنوا
اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفوا عند الله تع لما جاء فى الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فتاويلهم كذبهم بهذا لم

اى بما حال كما ذل

يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله واولوا كذبهم ظاهر ما ورد باطلاقه اى بتجويز الكذب فى قوله وهذا
فى معناه اى ستر الشاهد على المشهود عليه فى معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح
مندوب اليه هناك فكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك يعنى اذا احتمل
ان يكونوا عالمين واجملوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك ويجب الدية فى
ماله لان الاصل فى الفعل العمد فلا يلزم العاقلة وقوله واذا اقر الرجلان مسئلتان مبناهما على ان تكذيب المقر
له المقر فى بعض ما اقر به لا يبطل اقراره فى الباقى فان من اقر بالف درهم وصدقه المقر له فى النصف وكذبه فى
النصف صح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لكونه تفسيقا
له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله فى بعض ما اقر به لانه اذا كذبه فى كل ما اقر به بطل
الاقرار لانه رد لاقراره وعلى هذا لو قال المقر له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له ان يقتل واحدا منهما لان
معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قتلت وحدك وفى ذلك تكذيب الآخر فى الجميع
وهو تكذيب لهما **باب فى اعتبار حالة القتل** لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد
ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع السهم فعلى الرامى الدية لورثة
المرتد عند ابى ح رح وقالا لا شئ عليه لانه بالارتداد سقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن لان من اخرج المتقوم
عن التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار مبرئا بالاعتاق عن الضمان باسقاط حقه
فصار به مبرئا كما اذا ابرأه اى الرامى عن الجناية وحقه بعد الجرح اى انعقاد سببه وهو الرمى قبل ان يصيبه السهم ولابى
حنيفة رح ان الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعده وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب فيعتبر
حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم واستوضح اعتبار وقت الرمى بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم اصابه فان
ردته بعد الرمى لا يحرم لان فعله ذكوة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر
بعد الرمى قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة انسب مما قاله المص حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار
وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمدا فالواجب القصاص اجاب بقوله والفعل
وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة يعنى الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة ووجبت الدية اى فى ماله ولو كانت
المسئلة بالعكس فلا شئ عليه فى قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم وقع به السهم لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان
لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا على الرامى واجيب بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب به لا له المحرم واشار
وهذا لا يكون اقل من ذلك وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابى ح رح وهو قول ابى يوسف
وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى حتى لو كانت قيمته قبل الرمى الف درهم وبعده ثمانمائة لزمه مائتا
درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد الحر
فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق
شئ من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقى مجرد الرمى وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه
بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب ذلك اى فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى ولهما انه يصير قاتلا الى آخر ما فى الكتاب وهو ظ

اى فى حالة الرمى

بالصيد ورته متقوما بعد ذلك وفى نقض
بما اذا رمى الى صيد فى الحل فدخل
الحرم ثم اصاب السهم فمات وجب
الجزاء

على مذهب ابي ح وابو س يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاسلام حيث اعتبر هناك
حالة الاصابة وهنا حالة الرمي وهو ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة
فلا يجب الضمان بالمنافي واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا ح يعتبر وقت
الرمي الا في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع والجرح جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهادا على
قطع السراية وتحقيقه ان العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل
ولا انه تحققه في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة ليس بالة تلاف شي منه لعدم اثره في المحل وانما تعلق به الرغبات فلم
يخالف الانتهاء الابتداء فيجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حالة الاصابة
فالحجة عليه ما حققناه والباقي ظاهر

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجناية ظاهر المناسبة
لما ان الدية احد موجبي الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص في
الدية مصدر من ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد قال وفي شبه العمد
دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه وحكم الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات
وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تع فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الاية وهو نص في
كونها بالتحرير والصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف قوله ولانه جعل المذكور
كل الواجب استدلال من الاية بوجهين آخرين احدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون
كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او بقي منه شيء ومثله يخل الا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار
فانت طالق وفي نيته ان يقول وعبده حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور
يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان على ما عرف يعني
في اصول الفقه ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لان شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام
احد الابوين والثاني بالظهور اذ الظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم يعرف حياته وسلامته قال وهو
الكفارة في الخطأ لما تلونا يعني قوله تع ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة الاية ودية اي دية شبه العمد عند ابي ح وابي يوسف مائة
من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر
في بعض نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي ح وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي ثلثون جذعة
وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق فقوله في
بطونها اولادها صفة كاشفة والضمير لكلها للثنية واستدلا بقوله الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا
وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطأ المحض فان الابل فيه تجب
اخماسا وذلك اي كونها اغلظ فيما قلنا الا انا نقول ثلاثا وانتم تقولون ارباعا ولابي ح وابي يوسف قوله في نفس المؤمن
مائة من الابل ووجه الاستدلال به ان الثابت به هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما
رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالا مثل ما قالا وقال علي رض يجب ثلاثا ثلاثة
وثلثون حقة وثلثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة وقال ابن مسعود رض بمثل ما قلنا ارباعا والرأي لا مدخل له في المقادير

فكان

فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رواه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة
يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم والف دينار وقال سفيان الثوري والحسن ابن صالح
يغلظ في النوعين الاخرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطأ والى قيمة اسنان الابل
في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطأ يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على الف دينار
ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل لزيادة جناية وجدت منه ولم يوجد في الخطأ وهذا
المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكره في الكتاب ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره لانه
يأبى التغليظ لان عمد الاتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة لئلا يبطل المعدل الثابت بصريح النص بالدلالة
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله لما بيناه من قبل يعني في اول كتاب الجنايات قال والدية في الخطأ
مائة من الابل اخماسا اخماسا قيل منصوب باضمار كان ويجوز ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطأ وقد
اجمعت الصحابة رض على المائة لكنهم اختلفوا في اسنانها فقال ابن مسعود رض عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه اخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود رض روى عن النبي عم انه قضى
في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي رض انه اوجب ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة
وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا لكن ما قلنا اخف فكان
اولى بحال الخطأ لان الخاطئ معذور قوله غير ان عند الشافعي استثناء من قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي
بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه انه اليق بحال الخطأ وقوله ومن العين يعني الذهب الف دينار
ومن الورق عشرة آلاف درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق اي الفضة اثنا عشر الفا لما روى ابن
عباس رض ان النبي عم قضى بذلك ولنا ان عمر رض روى عن النبي عم انه قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم فما
فيحتاج الى تأويل فذكر المص تأويل ما ذكره الشافعي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم
كذلك الى عهد عمر رض فابطل عمر ذلك العذر وفيه بحث من وجهين احدهما انه قال روى عمر ان النبي عم قضى بعشرة
آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك تناقض والثاني ان وزن ستة نزيد عليه اثنا عشر
الفا فلا يكون التأويل بذلك صحيحا والجواب عن الاول ان المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله عم وزن الدراهم وزن
ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز ان يكون في آخر عهده عم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة ايضا ولا تناقض وعن
الثاني ان شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الا انها اضيف الوزن الى ستة تقريبا وقوله
ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي ح وقالا منها اي من هذه الانواع الثلثة يعني الابل والذهب والفضة ومن
البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة
كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المص كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء وهو المختار وقال في النهاية وقيل
في ديارنا قميص وسراويل وقال فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة وغيرها
على قول ابي ح على ما هو المذكور في كتاب الديات كما لو صالح على مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل
قوله لان عمر رض هكذا جعل على اهل كل مال منها قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب الديات

على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتا بقرة وعلى اهل الشاة الفا شاة وعلى اهل الحلل مائتا حلة ولابي ح ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه بالاتلاف وغيره فان قيل فالابل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة كما رويناها وعدمناها في غيرها فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت انها في معناها من كل وجه وقوله وذكر في المعاقل اي معاقل المبسوط وهذا تشبيه على ما روى عن ابي ح من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة ووجه ورودها ان محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة عنده ايضا وذكر الجواب على وجهين احدهما يقرر التشبيه ويرفع الخلاف ولا ادري صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على انها قولهما وحمل بعض مشايخنا على ان في المسئلة عنه روايتين قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي عم والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للرأي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب ان يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف فذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت رض يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فح حالها فيه على النصف من حال الرجل وكذلك قال بعد هذا في قول المص اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه الصواب ان يقال اعتبارا بها وما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي رض انه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت رض ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه اخذ الشافعي وهذا يصحح قول المص واحتجوا في ذلك بان النبي عم قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثة اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعراقي انت قلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل متثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي وقال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله عم ولنا عليه ما رويناه بعمومه وان حالها انقص من حال الرجل قال الله تع وللرجال عليهن درجة ومنفعتها اقل لانها لا تتمكن من التزوج باكثر من زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع الاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنة يريد به سنة زيد رض فان كبار الصحابة افتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عم لما خالفوها قال ودية المسلم والذمي سواء دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تع لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله تع افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله عم المسلمون تتكافؤ دماؤهم يدل على ان دماء غيرهم لا تتكافؤ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة ينتقص الدية فبالكفر اولى وبان الرق اثر من آثار الكفر وبه ينتقص الدية فبالكفر الموجب له اولى والجواب عن الآيتين ان المراد احكام الآخرة على انهما لا يعارضان قوله تع وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان في

في غيرها ه

اي على قلة المرأة كالرجل

عقل ه

المالكية

في المالكية فان المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب احد ان نفس كل شخص اعز ما في يده من المال والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس اولى وان لم يكن لنا في المسئلة الا ما روى الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلعم وابي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى عن علي رض انه قال انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روى عن ابن مسعود رض دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن ابن عباس ان النبي عم ودى ذميا قتل بمائة من الابل فكان لنا من الظهور في المسئلة ما لا يخفى على احد

فصل فيما دون النفس

اعقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعاد ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيدا لذكر ما بعده وقوله وقد ذكرناه يعني في اوائل الجنايات في معنى قوله في النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال في النكاح حل ومنه قوله عم في خمس من الابل السائمة شاة وقوله وفي المارن الدية يعني فيما دون قصبة الانف وهو ما لان منه كل ما الآدمي له في البدن عضوا كان او معنى مقصودا يجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديي المرأة والانثيين والرجلين ومنها ما هو اربع كاشفار العينين ومنها ما هو عشر كاصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب الدية وقيد المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس وذكر الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل واما اذا اتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لاتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فان كان جنس المنفعة والجمال قائما بعضو واحد فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائما باربعة اعضاء ففي كل واحد منهم ربع الدية وان كان قائما بعشرة ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله قيل يقسم الدية على عدد الحروف يعني على جملة الحروف ما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف فما لم يمكنه اتيانه من حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رض فامره ان يقرأ ا ب ت ث فكل ما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صحح شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر الى اللسان من تهيئات بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الا من ثان بالجمع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني او استحلف على البتات ونكل ثبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيها الدعوى والانكار وطريق معرفة السمع ان يتغافل وينادي فان اجاب علم انه يسمع وحكى الناطفي عن ابي خازم القاضي ان امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجاءة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم انه

ففي كل واحد منهم عشر الدية وان كان قائما باكثر ه

لم يذهب بصره وطريقة معرفة الشم ان يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة فان تنفر علم انه لم يذهب شمه وقوله لان كل واحد منهما
منفعة مقصودة يعني ليس فيها استتباع كل واحد منهما الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا تجب الا دية واحدة لان الاطراف تتبع
النفس اما الطرف فلا تتبع طرفا آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون
الموت اولى فان في الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر رض كما ذكره في الكتاب في قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه
يفوت به منفعة الجمال قال او حلق رأس انسان او لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فان مات قبل مضي
السنة ولم تنبت فلا شيء على الحالق وقال لا فيه حكومة عدل وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله في الاذنين
الشاخصتين اي المرتفعتين وصفهما للدفع ارادة السمع وقوله انه يجب فيهما كمال القيمة هو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح اعتبارا بالدية
في الحر لفوات الجمال والتخريج على الظاهر وهو انه يجب نقصان القيمة وقوله هو الاصح احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية
لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوي الخطأ والعمد يعني كما يجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا
قيل صورة حلقهما خطأ ان يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر انه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود اذا كان عمدا فما
المانع عنه مع الامكان واجيب بان القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت الا بالنص ودلالته ولا نص في الشعور وليست في معنى
المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتهما الى الجارحة والضرب لا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه اماتة ذي
الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا قال في العينين الدية الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه
الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المص يحتمل ان مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا لتخطئة من خطأ محمدا في
اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين اطرافهما والشعور التي عليها تسمى الهدب فقال
المص يحتمل ان مراده الاهداب فيكون مجازا للمجاورة ذكر المحل وارادة الحال ويحتمل ان مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد
من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال كما ذكره في الكتاب قوله وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع يعني ان
عشر الدية الواجب بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلث مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما
نصفه وقوله والاسنان والاضراس كلها سواء قالوا فيه نظر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال والانياب والاضراس
كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان اسفل
ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنا عشرة سنا تسمى بالطواحن من
كل جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان
يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت اسنانه كلها كانت
عليه دية وثلثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى
الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص و قوله لان المتعلق يعني الذي
يتعلق به وجوب كل الدية وهو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة فان قيل لا نم ان فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال
ايضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية وليس احدهما اولى باستتباع الآخر فيكون الحصر في غير موقعه واجيب بان الجمال
مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع الا يرى انه اذا قطع اليد الشلاء يجب حكومة عدل لا الدية
لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم يكامل الجناية من حيث تفويت الجمال تابعا ايضا لانه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا
فاذا اجتمعا جعل الجمال

عند

عند الاجماع لوجود المستتبع اولى وقوله لتفويت جنس المنفعة يعني منفعة النسل وقوله لانه فوت جمالا على الكمال وهو استقامة
القامة قيل في تفسير قوله تع لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب القامة وهي تزول بالحدوبة **فصل في الشجاج**
لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله ذكره في فصل على حدة قال الشجاج عشرة ووجه ذلك ان قطع
الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما ان يظهر الدم اولا والثاني هو الحارصة والاول اما ان يسيل الدم بعد الاظهار اولا والثاني
هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم اولا والثاني هو الدامية والاول اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم
اولا والثاني هو الباضعة والاول اما ان يظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم اولا والثاني هو المتلاحمة والاول اما ان
يقتصر على الاظهار او يتعدى والاول هو السمحاق والثاني اما ان يقتصر على اظهار العظم اولا والاول هو الموضحة والثاني اما
ان يقتصر على كسر العظم اولا والاول هو الهاشمة والثاني اما ان يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلدة التي
بين العظم والدماغ ام لا والاول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة
وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجيء في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم
بالاستقراء بحسب الآثار ان الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحد منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك
وهو واضح وقوله ولا ان فيما فوق الموضحة يريد ما هو اكثر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله فيما قبل الموضحة يريد الست
المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح اي يتعرف قدر غوره بحديد او غيرها والمراد بقوله فيما دون
الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل واما على رواية فقد قال يجب
القصاص فيما قبل الموضحة وقوله في الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن
والظهر والجنبين والاسم يدل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك
فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج وقع اتفاقا
وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى يعني يرجع الى مأخذ
الاشتقاق فمحمد رح ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحام الشيئين اذا اتصل احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع
والباضعة بعدها لانها تقطعه وقوله واما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الذقن وقوله وقد يتحقق فيه معنى المواجهة قيل
عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانه تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة
وقوله ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين مثاله اذا كانت قيمته من غير جراحة تبلغ الجراحة تبلغ تسعمائة علم ان الجراحة اوجبت
الفا ومع صح
نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضي خان والفتوى على هذا وقوله ينظر كم مقدار هذه الشجة
لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة
وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي رض
يجب ثلثة ارباع ارش الموضحة صح
فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد **فصل** لما كانت الاطراف دون الرأس
ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة في اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله عم في كل
اصبع عشر من الابل وقوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ وقوله ولا يتبع المتبع يعني واذا لم
يكن تبعا الا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة
الذراع

عدل وَاجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية
السرقة وَقولهم ان قطع الكف من المفصل واضح وَقوله والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار
الواجب يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة والشرع اما من حيث الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع وَاما من حيث الحكم فلان
الاصابع له ارش مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأى
وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان المصير الى الرأى ضرورى ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش
المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند ابي ح لتقدير الشرع نصا لم يفرق بين ان يكون الباقى من الاصابع واحدا او اكثر لان
للاصبع الواحدة ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الاصبع في ظ الرواية لان له
ارشا مقدرا وما بقى شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وَقوله في الاصبع الزائدة حكومة عدل يعني سواء قطع عمدا او خطأ
وسواء كان القاطع اصبع زائدة اولا اما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان
وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم يوجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع
الغير الزائدة ارش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة واما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا شرط جريان
القصاص ولم يوجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهى تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يتيقن
ثمة وَقوله لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة
وان الهاجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب فيه حكومة عدل وان كان الشعر جزء من الآدمى بدليل انه لا يحل الانتفاع به واجيب
بان ازالة جزء الآدمى انما توجب حكومة عدل اذا بقى من اثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعرات
توبيه لا تشينه فلا توجبها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه وَقوله وكذلك السن الشاغية اى الزائدة لما قلنا يريد قوله لانه
جزء من يده فلان السن جزء منه والسن الشاغية هى التى تخالف نبتتها نبت غيرها من الاسنان يقال رجل اشغى وامرأة شغواء
فانها وان كانت زائدة فهى نقصان معنى وَقوله والظ لا يصلح حجة للالزام انما يصلح بالالزام لان مثل هذا الظ يصلح حجة لغير
الالزام حتى انه لو اعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا خرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم
من قبل في قوله ويجزيه رضيع قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه فى هذا بيان ان الجزء هل يدخل في الكل وقوله
فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم او من حيث ان العقل ليس له موضع
يشار اليه فصار كالروح للجسد وَقوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وَقوله حتى لو نبت يعني الشعر
يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية ليس بمفتقر اليه لكونه معلوما وَقوله وقد تعلقا يعني ارش
الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع
اصبع رجل فشلت يده وَقوله وجوابه ما ذكرناه قيل يعني به قوله لان بفوات العقل بطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله
وقد تعلقا بسبب واحد وهو شامل من الاول وَقوله قالوا يعني المشايخ هذا على قول ابي ح وابي يو قال في النهاية ذكر ابي يو مع ابي ح
وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغى ان يذكر محمد مكان ابي يو كما هو في الايضاح اولا يذكر احدا
اصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغنى وهذا الذى ذكره اذا كان خطأ واما اذا كان عمدا يجب
ارش الموضحة ودية السمع والبصر عند ابي ح وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر وَقوله وجه الاول هو ان

ارش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وَقوله على ما بينا يعني قوله لان بفوات العقل تبطل
منفعة جميع الاعضاء وَقوله وجه الثانى يعني قوله وعن ابي يو ان السمع والكلام مبطن قيل يريد به الكلام النفسى بحيث
لا ينتشر فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان
المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففى جعله مبطنا نظر وَقوله وقالوا يعني المشايخ اى قال المشايخ ينبغى ان يجب الدية
فيهما اى في العينين والارش في الموضحة وَقالا في الموضحة القصاص قالوا اى المشايخ وينبغى ان يجب الدية في العينين وَ
قوله لهما في الخلافية اى فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قالا يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية وَله اى
لابي ح في الجراحة التى تعلق قصاصا فلا يكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص
بدون المماثلة ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة اى الثابتة حالة الشج وكذا المحل اى محل الجنايتين واحد من وجه
لاتصال احدهما بالآخر وبغاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما وَقوله
بخلاف النفسين جواب عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله وَوجه ذلك انا جعلنا الفعل واحدا
من حيث ان الثانى حصل من سراية الاولى وههنا ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الآلام وهو انما يتحقق في شخص
واحد وَقوله وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاضطرب السكين فوقع
على اصبع اخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم يكن كذلك وَوجهه ان القطع الثانى انما لم يورث
الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله لانه ليس فعلا مقصودا
الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية في قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا
واما الصواب ما ذكره في الذخيرة انه مقصود ولكن ليس من اثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثانى وَقوله قالوا فى تركيب غيره
جائز ولو قال وقالا فيها وزفر كان صوابا وَقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا يريد قوله ومن شج رجلا موضحة
فذهبت عيناه الخ وَقوله انه يجب القصاص فيهما اى في الشجة وذهاب البصر وفرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر
من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب القصاص فيهما في الاولى دون الثانى لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بان ضرب
على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب
القصاص فكذلك بسراية الموضحة وَقوله بخلاف الخلافية الاخيرة يعني قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها
اخرى وَقوله الا يرى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند ابي ح والقصاص في
الموضحة والارش في العينين عندهما وَقوله فاكلتا اى صارتا واحدة بالاكل فهو على الروايتين هاتين اى الرواية
المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهورة وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة وَعن ابي يو
انه اذا قلع سن بالغ فنبتت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم
فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وَقوله فنبتت سن الاول يعني بغير اعوجاج وان نبتت معوجا يجب حكومة عدل وَقوله
ولهذا يستانى حولا اى يؤجل سنة بالاجماع وَقال في التتمة حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن
البالغ نادر فلا يفيد التاجيل وليس بظاهر وانما الظ ما قاله المص لان الحول مشتمل على الفصول ولها تاثير فيما يتعلق
ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة

ان الجراحة لا تكون سارية ص

ان ص

فاحمل الكلام و قد ذكر المصنف في قبيل ما على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثانى الى الثانى ص

بعض في صورة ذهاب العين من الشجة

في صورة ذهاب السمع من الشجة

الواقع في قوله كما اذا قلع سن صبى فنبتت لا شيء عليه الارش بالاجماع

وبعض مشايخنا قالوا الاستيفاء حولاً في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله م في الجراحات كلها يستأنى حولاً وهو كما
ترى بلغ الاجماع وقوله فاختلفا قبل السنة اى قال المضروب انما سقط سنى بضربك وقال الضارب بسبب آخر وقوله ليكون
التأجيل مفيداً يعني ان التأجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله وان
اختلفا في ذلك اى في سقوط السن بعد السنة وقوله سنبين الوجهين اى وجه قوله لا شئ على الضارب في وجه
حكومة الالم وقوله يجب الارش يعني كاملاً وقوله لما ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضرباً يسود منه ولم يفصل بين
ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى ومن الاسنان التي ترى وقالوا يجب ان يكون الجواب على التفصيل فان كانت
من الاضراس ففي المعتبر فيه وجوبه كمال الارش فقد منعه المضغ بالاسود دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل
وان كانت مما ترى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين
حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد يكون لون الاسنان في بعض
الانسان وانما يمكن فيه نوع نقص فيجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لا يكون لون الاسنان فالجمال يكون
مفوتاً للجمال على الكمال اذا كانت بادية **قال** ومن شج رجلاً فالتحمت كالانثى وتعليل ابي ح وابي يوسف هو الموعود في قبل هذا
بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا وقوله لان الارش انما يجب الخ يعني ان المنافع آخر جواب عن قول ابي يوسف فالالم الحاصل مازال
وعن قول محمد انما لزمه اجرة الطبيب وجهه ان تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم
الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة او بشبهته كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شئ
من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئاً وقوله ومن ضرب رجلاً يعني اذا ضرب رجلاً فجرحه فبرأ منها وبقي اثر الضرب فعليه ارشه
وان لم يجرحه فلا شئ عليه بالاتفاق وان لم يبق اثر فهو على الخلاف قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش
عند ابي ح ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد وقوله لان الجناية من جنس واحد لكون كل
واحد منهما خطأ وقد تقدم اقسام هذه المسئلة وقوله ومن جرح رجلاً جراحة واضح وقوله لانه مال وجب بالقتل
ابتداء يعني لا بعقد يجب بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الاب ابنه عمداً كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره
لبيان خلاف الشافعي وقوله لا سيما الى زيادة يعني المعجل فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف
في ايجاب المال حالاً بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً لانه تابع
للقدر وقوله لما روينا يعني قوله م لا يعقل العاقلة عمداً ولا اعترافاً وقوله عمد اى عمد كل واحد منهم وقوله ولهذا يجب الكفارة
به اى بالمال واما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله ويحرم عن الميراث على اصله اى ثبت هذان
الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي لانهما يتعلقان بالقتل فعلم بهذا انهما مطالبان بموجب القتل
فكذلك هنا لما تخلف عنهما احد حكمي القتل وهو القصاص يتعين عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاصل
ذلك

فصل في الجنين

عقب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام
واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنيناً ميتاً ففيه غرة نصف عشر الدية غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمي بدل الجنين
غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشئ اوله وغرة الجنين اول مقدار ظهر في باب الدية قال المص معناه
اي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لان نصف العشر

من عشر

من عشرة آلاف وهو العشر من خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر ان لا يجب شئ لانه لم يعلم حيوته بيقين وفعل القتل لا يتصور
الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل الظاهر انه حي ومعد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا
يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن ووجه الاستحسان ما روي ان النبي م قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة
ويروى او خمسمائة فترك القياس بالاثر يروى ان الامام المجتهد زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد او امة فقال
السائل ولم والحال لا يخلو من انه مات بضربه او لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح لا يجب شئ
فسكت زفر فقال له السائل اعتقتك سائبة فجاء زفر الى ابي يوسف فسأله عنه فاجابه ابو يوسف بمثل ما اجابه فقال زفر نعم ما حجته
ما حاجة للسائل فقال التعبد التعبد اى ثابت بالسنة من غير ان يدرك بالعقل وهذا دليل على ان قول زفر هو وجه الاستحسان
وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفاً ويحتمل انه رجع من احدهما الى الآخر والحديث المروي دليل واضح على
ان الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى ان الحيوان لا يثبت في الذمة شرعاً صحيحاً
الا من حيث اعتبار صفة المالية قوله اذا كان خمسمائة درهم قيل قيد به احترازاً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة
ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهواً
من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة وقوله في ماله اى مال الضارب لانه بدل الجزء
اى جزء الآدمي فصار كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اى ادوا ديته امر مخاطب من الودي وهذا الحديث حمل
بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح
خيمة فالقت جنيناً ميتاً فاختصم اولياؤها الى رسول الله م فقال م لاولياء الضارب دوه فقال اخوها الذي من الاصحاب
ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه يطل فقال م اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واراجيز العرب قوموا فدوه
الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله لان العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على
العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كان خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر وقوله لان
بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل واكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما
صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر صفة لاقل او بدلاً منه ولعل
العطف بالواو يفيد ذلك ايضاً وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك
وقوله بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين صورته ان يشترك عشر من رجلاً في قتل رجل
خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين على ما يجئ في المعاقل ان شاء الله تعالى وقوله ويستوي فيه اى في
وجوب قدر الغرة بانه عبد او امة قيمته خمسمائة لاطلاق ما روينا وهو قوله م في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم
وقوله ولان في الجنين دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى واراد بالجنين تثنية الحي الولدين المنفصلين الذكر
والانثى ومعناه انما ظهر التفاوت بين الذكر والانثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الآدمية وهو معدوم
في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله وان القته حياً ثم مات اول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت
احدهما بعد الضرب وهي خروج الجنين من الام اما ان يكون في حال حيوتهما او في حال حيوة الام وممات الجنين وعلى العكس
الاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنيناً ميتاً لاحتمال

قوله الاضراس كلها عشرون ثنية

اي ضرب

الفسطاط بيت من شعر

السجع هو الكلام الموزون من غير وزن الشعر

في المالكية فان الذكر مالك مالاً ونكاحاً والانثى مالكة مالاً ومملوكة نكاحاً فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية

ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في
تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس فيما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه
من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب ضيق الرحم وغم البطن فلا يلحق به لا
قياسا ولا دلالة فبقي على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال وما يجب في الجنين مدبر ونحوه كلامه واضح وقوله وفي جنين
الامة يعني في جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى او من المغرور بنصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى و
طريق ذلك ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب بنصف عشر ذلك ان كان ذكرا
وعشره ان كان انثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في
القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وانوثته يؤخذ بالمتيقن قوله لان ضمان الطرف لا
يجب الا عند ظهور النقصان يعني في الاصل الا ترى انه اذا قلع السن فنبتت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم
يظهر في الام نقصان فدل على ان وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية فيقدر بها اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام وقوله وقال
ابو يوسف هذا غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي ح وم رح وهو الظاهر من قول
ابي يوسف وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان يكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله فنظرنا
الى حالتي السبب والتلف يعني اوجبنا القيمة اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مسكوكا في جوفه اعتبارا لحالة التلف لا
يقال هذا اعتبار لحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحال ايضا قيمته حيا لجواز ان لا يكون حيا فلا يجب قيمته حيا هناك بل يجب
الغرة وقوله ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا
تسعمائة يجب على الضارب مائة درهم وقوله على ما نذكره بعد هذا يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسئلة ومن قطع يد عبد
فاعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة اي الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة وهو الجنين
لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا ترى انه لم يجب كل البدل والباقي ظ
لا يحتاج الى الشرح

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا
والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الكنيف المستراح
والميزاب معروف والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع عن جدار الانسان من الحائط ليبني عليه والعرض بالضم الناحية
قيل المراد به ههنا ابعد الناس منزلة اي اضعفهم وارذلهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلثة اشياء في اباحة العمل وفي
الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمذكور في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع الا على قول محمد فان فيه خلافا بين العلماء
قال ابو ح رح لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن
الامام لان فيه الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف وقال محمد رح اذا لم يكن فيه ضرر
لانه مأذون في احداثه شرعا فهو كما لو اذن له الامام واما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول ابي ح رح وقالا ليس لاحد
ذلك اما على قول محمد فظ لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفع احد واما ابو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل احد يد فيه
فالذي يحدث يريد ان يجعلها في يده نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخاصم يريد ابطال يده من غير دفع
الضرر عن نفسه فهو متعنت واما وجه قول ابي ح رح فهو المذكور في الكتاب في قوله ويسع للذي عمله بان الاباحة وهو ظ وقوله ثم لا

ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا ابتداء ولا جزاء يعني سعدايا عن مقدار حقه في الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان يضر
من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا واما اذا كان غير نافذ فقوله وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ
بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر الاسلام المراد
بغير النافذة المملوكة وليس في ذلك بعلة الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي لعامة لكن في ذلك دليل على الملك
غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله على كل حال اي سواء كانوا مسلمين او لم يكونوا وقوله
واذا اشرع في الطريق روشنا وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان وقوله مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب و
الجرصن وقوله فالضمان على الذي احدثه فيهما يعني ضمانهما على المحدث لا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذه الحالة
كالالة وقوله وان سقط الميزاب هذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان اصابه الطرف الداخل او الخارج او اصاباه جميعا
وعلم بذلك او لم يعلم اي الطرفين اصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان
الارث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والا لساوى المال غيره كما في الرمي فان كان قتلا حقيقة فالقياس
شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيهما والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف بطريق التعدي
صيانة للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق المسلوك ذلك واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ
ولم يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني يعلم يقينا انه قتيل بجراحة ولا نعلم انه باي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل
فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله ولو اشرع جناحا ط وقيل المشتري ايضا متعد بترك الرفع
مع امكانه شرعا واجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او التسبيب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن يمكن من رفع حجر عن الطريق
ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب واستشكل بالحائط اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم
ينقض حتى باع الدار من غيره ثم اصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب ان
صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعديا
ولم يزل بالبيع وقوله ولو حركته اي الحجر قيل فيه تلويح الى ان الريح ان هبت بشرارها فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدي كان
بوضع الجمر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض اصحابنا وقوله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه هو اختيار شمس الائمة السرخسي
والاول اعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني وقوله وقد افضى اليها اي الى عاقبته وهي الحرق بلا واسطة
الريح وقوله ولو استأجر رب الدار الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فناء داري فان الحق
ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل او بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر
قياسا واستحسانا لانه وجب بامره فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو استأجر ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن
الذابح ويرجع به الذابح على الآمر وان قال اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم ان لا حق له في ذلك ولم يخبرهم ففعلوه ثم
واتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب
القياس لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره فذبح
ثم ضمن الذابح الجار لم يرجع به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناءه مملوك له من وجه على
معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على

الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث المعنى يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل
اولى من اظهارها قبل الفراغ لان امر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من
العمل وقوله لانه صح الاستيجار يعني بالنظر الى ان له ان ينتفع بفناء داره فبالنظر الى هذا كان امره معتبرا ووقع فعلهم عمارة و
اصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه يتقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا امر به وقوله بخلاف ما
اذا فعل ذلك يعني الصب والرش والوضوء وقوله كما في الدار المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو عبارة
لحق الملك بحقيقته وقوله لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله في فناء حانوته قيل الفناء
سعة امام البيت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب قوله فتعقل اي تنشب وتعلق بالبناء
وقوله يجب الضمان على الآمر لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الآمر او اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي
ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسبه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا ليحفر له بئرا
في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير
فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر **قال** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة ثقب في وسط
البيت وكذلك البلوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأي فتعال من الفوت
وهو السبق وقوله وكذا الجواب على هذا التفصيل يعني انه لو فعله بامر من له الولاية في الامر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر
احد ضمنه وقوله مما ذكرناه يعني من اول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن
وحفر البئر وقوله وغيره يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وقوله وكذلك ان حفره
في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امره الامام فحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به كذلك اذا حفره في ملكه وان لم ياذن له الامام وقوله
وكذا اذا حفره في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جاز له ذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر بان
لا يضر لاحد او اذن له الامام اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا يعني الجواب وهو انه يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين
او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما او انخنقا بالعفونة قال
في الصحاح يوم غم اذا كان ياخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تعليم قول ابي يوسف انه مرجوح على عادته من يؤخر الحج
فان المقدمه الا يرى انه لو حبس رجلا في بيت حتى مات غما فانه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لان اثر فعله وهو العمق
اثر في نفس الواقع فلا بد من اثر الوقوع لوجوب الضمان وقوله وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه يعني بان كان الفناء
للغير او طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما ان يعلموا انها في غير فنائه او لا فان كان الثاني فالضمان على المستاجر ولا شيء على الاجراء لان
الاجارة صحيحة ظاهرا اذا لم يعلموا وذلك يكفي لنقل الفعل الى الآمر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل
مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستاجر وقوله لانهم كانوا مغرورين دليل
قوله ولا شيء على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهرا او كون المامور مغرورا كالامر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا ان هناك
يضمن المامور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا وكون الآمر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع المغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء
لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد فيترجح جانبه وان كان الاول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بالبئر مملوك له
فلا ينقل فعلهم اليه وليسوا بمغرورين فيبقى الضمان عليهم في الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج

الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال ان الامر لم يصح ظاهرا حيث
علموا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشراع الجناح فان هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وههنا لم يضمنوا
اصلا والجواب ما اشار اليه المص في ذبح شاة غيره ان الذابح مباشر والآمر مسبب وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا
ظهر استحقاقها وان قال لهم هذا فنائي ظ وقوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لانطلاق يده في التصرف
الخ فان قيل قوله ليس فيه حق الحفر خالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس فيه حق الحفر يحتمل
ان يكون مراده ليس ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشتركا لدلالته فلا يعارض الدلالة **قال** ومن جعل
قنطرة بغير اذن الامام كلامه واضح قوله لان الاول يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة تعدا ما وضع الخشبة فكونه تعديا ظ
واما بناء القنطرة فلان البناء فوق حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق
والسعة للامام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعدلا محالة وقوله وهذا اللفظ يعني به قوله فعطب به انسان فهو ضامن
يشمل وجهين مما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعدما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به
معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في
الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين
بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان فيه تلف
الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المص نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله فيخرج بالتقييد
بما ذكرناه يعني بوصف السلامة وقوله بما لا يلبسه عادة يعني مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب في غير موضع الحرب كذا
اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد لعدم عموم البلوى به وقوله للعشيرة يعني اهل المسجد وقوله ضمن يعني
اذا فعل ذلك بغير اذن احد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد وقوله كنصب الامام يعني اذا
لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف وقال ابو الليث وبه ناخذ الان ينصب شخصا والقوم يريدون
من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المص اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة وقوله وتكرار
الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم ان يكرروا الجماعة وقوله وقصد القربة لا ينافي
الغرامة جواب عن قولهما لان هذه من القرب وقوله كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطأ الطريق فان شرطها
ان يكون الشهود اربعة ممن يسمع شهادتهم فاذا انتقصت انقلبت قذفا فاستوجبا الحد **قال** وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل
وان جلس في المسجد من العشيرة فعطب به رجل فاما ان كان في الصلوة او لم يكن فيها فان كان في الصلوة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلوة
فرضا او نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال وهو
كان جالسا لقراءة القرآن وللتعليم اي لتعليم الفقه والحديث او للصلوة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة
او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث قال المص فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم
وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيها بالاتفاق ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار قال وان كان في
غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان
جالسا لقراءة القرآن من لفظ المص بيانا لذلك قوله فهو على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما لو كان في الاعتكاف

لانه ص

وقوله لان المسجد انما بني للصلوة والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال
وقوله وانتم عاكفون في المساجد وقوله ولان المسجد انما بني للصلوة لان المسجد موضع السجود الا يرى ان المسجد اذا ضاق
على المصلي كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضعه الاصلي دون العكس وما عرف الناس
المسجد الا لاجل الصلوة فيه ولا دلالة لما ذكر من الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات
الصلوة مسلم لكن لا بد من التفرقة بين الموضوع الاصلي وما الحق به والباقي واضح **فصل في الحائط المائل** لما كان الحائط
المائل مناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف ونحوها الحق مسائله بها في فصل على حدة **قال** واذا مال الحائط الى
طريق المسلمين اختلف الشافعي في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا استحسنوا ايجاب الضمان وهو
مروي عن علي رض وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب قوله وكم من ضرر خاص يتحمل
لدفع ضرر عام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو الآكلة عند خوف هلاك النفس قوله وتتحملها العاقلة قال
محمد ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له
لان كون الدار في يده ظاهر لا يستحق به حق على الغير قوله والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط
ان حائطك هذا مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تهدمه فذلك مشورة
ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان او ذميا او صبيا او امرأة ان مال الى الطريق وواحد من اصحاب
السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار او سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار
باجارة او اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على احد قوله والشرط هو التقدم دون الاشهاد حتى لو اعترف
صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله لان فعل هؤلاء كفعله اي فعل الوصي والاب والام كفعل
الصبي والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما اهدر القتيل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد
التقدم الى الاب والوصي اجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ وصار
كان التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله فان قيل اذا ترك النقض بعد
التقدم اليه الحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة
النقض وبنائه ثانيا وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي
ضمان وقوله في عنق العبد يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا
استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية
على النفس كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله لان الاشهاد على المولى
من وجه اما اذا لم تكن على العبد دين فظ لان الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته الا يرى انه لو ادعى
انسان حقا في دار بيده ما ذون لم ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه واما اذا كان عليه دين فقد ها
ظاهر وعند ابي ح للمولى ان يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في
ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا ان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما
مر وقوله ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه يعني لو هلك احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه

والظاهر

وهذا

وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكره في الكتاب واما جواب القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئا اما الذي تقدم اليه فلعلمه تمكنه
من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك
التفريغ والجواب ان الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر وهو مدفوع وقوله
فعطب الا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني لان التفريغ عنه اي القتيل الاول ورفعه مفوض الى اوليائه لانهم الذين
يتولون دفنه وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا وقع الجناح على الطريق فتعثر انسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات
فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح واجيب بان اشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كانه القاه بيده عليه فكان
حصول القتيل في الطريق مضافا الى فعله كحصول بعض الجناح في الطريق ومن القى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم
يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن
جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك
جعل فاعلا في حق القتيل الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا وقوله فسقطت
يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه ولم يكن
يكون متعديا فيما يحدث في ملكه سواء كان الحائط مائلا او غير مائل كذا في المبسوط وقوله فعليه اي فعلى كل واحد من حافر البئر
وباني الحائط وقوله وله اي لابي ح ان الموت حصل بعلة واحدة وهي الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر
لان اصل ذلك اي اصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو القليل اي في ذلك الاصل يعني ان الجزء اليسير ليس بمهلك
حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك الا يرى انه لو
اشهد عليهم ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من اشهد
عليه وعلى هذا تخرج مسئلة البئر فيقال انها اجتمع في حقه معنيان احدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره
والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي ح ان صفة التعدي
تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين قوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح
الرجل وقوله الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية يضاف اليه واذا اضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة
الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين في اعتبار احدهما واهدار الآخر

باب جناية البهيمة والجناية عليها ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في
باب على حدة لما ان الاحتياج الى بيان قوله لما اوطأت الدابة الصحيح لما وطئت وقيل يجوز ان يكون مفعولا الابطاء محذوف في
وتقديره او اوطأت الدابة يدها او رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطي في قوله لما اصابت بدلا من قوله لما اوطأت
الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم هو ان يضرب الشيء بجسدك ومنه اصطدم الفارسان
اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشيء اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من اوجه ثلثة
لانها اما ان تكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها فلا يخلو اما ان كان مالكا او مشتركا
او مستعارا فاما ان يكون صاحبها معها او لا يكون فان كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة او سائرة وطئت بيدها
او برجلها او نفحت او كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سائقا او قائدا او اما ان يكون راكبا عليها فان كان لا اول لم يضمن

صاحبها في الوجوه كلها اتلفت نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو
الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة او تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهي تسير فان وطئت
بيدها او رجلها ضمن وان كدمت او نفحت بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لانه في الوجه الاول صاحب الدابة
مباشر للاتلاف لان فعله وفعل الدابة اتصلا بالمتلف فكانهما وطئاه جميعا والمباشر ضامن متعديا كان او لم يكن و
في الثاني مسبب غير متعد وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها صاحبها فيه اولا فان كان الثاني فلا ضمان عليه
على كل حال لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها او قائدها او راكبها
اولا واقفة او سائرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب لانه ليس له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان
كان في طريق المسلمين فان اوقفها صاحبها فعليه ضمان ما اتلفت في الوجوه كلها لانه بالايقاف مسبب متعد اذ ليس له شغل
طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارساله
او انفلتت فان كان الاول ضمن ما اتلفت ما لم يتحول عن جهة الارسال يمنة ويسرة لان ارسالها بلا حافظ مسبب للاتلاف
وهو فيه متعد وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان او سائقا او قائدا الا النفحة بالرجل والذنب لانه مباشر
او مسبب متعد والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المص الراكب ضامن لما اوطئت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت انه
محمول على ما اذا لم يكن الراكب في ملكه لان هذا الجواب انما استقام في قوله ما اصابت بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله
او كدمت او خبطت وصدمت فيما اذا كان في ملكه على ما مر آنفا وذكر الاصل الذي يبتني عليه هذه الفروع فقال والاصل
ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا
بين كل الناس اما انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته فالحجر عن ذلك حرج وهو
مدفوع واما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا والنظر الى حق غيره
يستدعي الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضحة وقوله والمرتدف فيما
ذكرنا يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب هو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير على ما ارادا
لا يختلف لانهما في ايديهما وتحت تصرفهما وقوله ثم هو يعني الايقاف اكثر ضررا بالمارة جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس
من ضرورات التسيير لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة فيلحق به ووجهه انه اضر منه لما انه ادى الايقاف ادوم من التسيير فلا
يلحق به وقوله والسائق ضامن لما اتلف شروع في بيان احكام الراكب بين احكام السائق والقائد وقوله والمراد النفحة اي
من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطئ فانه يوجب الضمان على السائق والقائد
بلا خلاف فلا خلاف فيه وقوله واليه مال بعض المشايخ يعني العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه يعني بابعاد الدابة عن المتلف
او بابعاده عنها وقوله وقال اكثر المشايخ يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله ما ذكرناه يعني قوله فلا يمكنه التحرز
وقوله وقوله الرجل جبار معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطئ مضمون
بالاجماع وقوله وانتقال الفعل جواب عن قول الشافعي لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على
الاكراه لا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وههنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل
بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على اصل آخر وهو ان الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة

ومع

ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وقوله الرجل جبار وانما يروى في الجامع
الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله على ما ذكرناه
اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وقوله لان كل ذلك سبب الضمان بعينه لان كل ذلك سبب الضمان يعني
لان كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان ما تلفت بالوطئ وكذلك
الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن
مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة
وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه قال واذا اصطدم فارسان فماتا اصطدام الفرسان اي ضرب احدهما الآخر
بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر و
الشافعي وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روي عن علي رض كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا
قولنا لما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي الى آخره وفيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح
جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس لا يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول
ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر مشيه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما ذكر
جواب عن المسائل المذكورة في جهتهما وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم
الفائدة فسقط ايجاب الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه
فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة احد له في مثله فيجب على عاقلة
كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر
وقوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ووجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطأ
الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا انه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فيأخذها اي قيمة
العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي ان يسقط من العاقلة لان الدية ولا تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يخلفون
ههنا موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمل العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث
منه فان الدية تصير مهرا او تسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع
وارثه فبالنظر الى ان المستحق ولاه هو الجاني يسقط وبالنظر الى ان الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك والباقي
واضح وقوله لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء يعني السرج وسائر الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شيء فاتلفه
فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله ومن
قاد قطارا القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح قال وان ربط بعيرا الى القطار رجل ربط بعيرا
الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد او لم يعلم وان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فعلى عاقلة القائد الدية
لامكان تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار مسببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجع عاقلة
القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في عبارة
المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحبوبي بينهما بانه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في

الحقيقة على القائد والرابط الا ان العواقل يعقل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان
كان الاول لم يرجعوا لان القائد حين علم بالربط فقد رضي بالحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكر لظهوره
وقوله وانما لا يجب الضمان عليهما ابتداء وقوله قالوا يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ قالوا
هذا اي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القائد
بلا رجوع على احد على الوجه ما ذكره في الكتاب في قوله ومن ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعد وكذا لو ارسل كلبا فمعنى سوقه اياه
ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا بازيا وساقه فاصاب في فوره بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق
والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء قوله انقطع حكم الارسال اي اذا لم يكن له
طريق سواه اي سوى طريق اليمنة واليسرة بان كان على الجادة ماء او وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم ينعطف عنه وسنبينه
وقوله وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله وهذا اي وقفة الدابة بناء في مقصود المرسل وهو السير
فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله وبخلاف معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمهما يخالف حكم
اصل المسئلة وبين به الفرق بين الارسالين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله على فوره اي فور
الارسال وهو ان لا يميل يمينا وشمالا وقوله لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله قال محمد هي المنفلتة اي العجماء
التي اهدر النبي عليه السلام فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت فان افسادها اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسير
احترازا عن الاجراء على عمومه وقوله من الارسال واخواته يعني السوق والقود والركوب قال في النهاية كان في حق الكلام ان
يقول من الارسال وامثاله او يقول من الارسال واخواتها بتاويل الكلمة اذ السوق والقود لما كان اختالا اخا لا لان
كان الارسال اختا ايضا والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل بشيء لانه ليس هنا مؤنث معنوي
خولف فيما يقتضيه حتى يقاس على ذلك **قال** شاة لقصاب فقئت عينها اي الجزور القطع وقيل الجزور ما ينحر او يجز وما اعد من
الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهي تؤنث وانما قال وجزور ربع القيمة ولم يقل وبعير ليتبين ان البقر والابل وان
اعدا للحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم او للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل
لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي فيه النقصان واعتباره بالشاة عملا بالظاهر ولنا ما روى جابر بن زيد بن ثابت
عن ابيه ان رسول الله عليه السلام اوجب ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول
الله عليه السلام فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير الماكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود
في ماكول اللحم فيلحق به وقوله ولان فيها مقاصد سوى هذا اللحم دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن
القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية وقوله لانه انما يمكن اقامة
العمل بها دليل آخر وهو ايضا واضح لكن الاعتماد على الاول الا يرى ان العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر
الاسلام وانما قال ذلك لان المعول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحد فيقتصر عليه وقوله ونخسها يعني بغير اذن
الراكب والنخس هو الطعن وفيه نخاس الدواب لانه لها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم
يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس يترك بالاثر وفيه اثر عمر
وابن مسعود رضي الله عنهما وقد اشار المصنف ايضا الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب

والجادة معظم الطريق

وليس بشيء

اللحم ص

قد انتقل

قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما كانت منها فكان مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس
لكونه الحامل على ذلك ملجئا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعلت الدابة والمدفوع الى الشيء
وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب ايضا
لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفحة اوجب الضمان على الناخس دون الراكب والسائق ايضا عند
اكثر المشايخ وهي ما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجبه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن حتى لو نخس
وهو ماذون كان سائقا وامكان التحرز انما يعتبر في حق غير المتعدي وغير الماذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله ولان
الناخس متعد في تسبيبه دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن
معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلفت
بالوطء لانه يجعل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفحة بالرجل والضرب باليد والصدم
فكانا متسببين وترجح الناخس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا في الآخر
لم يكن معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه فاعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب
وارادة المسبب وقوله لما بيناه اشارة الى قوله ولان الراكب والمركوب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه
وليس بشيء قاتل وقوله والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه
احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان هناك على عاقلتهما وقوله وكذا اي الوطء مضاف الى
الناخس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان وطء الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف وقوله يضاف
اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها اي الى النخسة وقوله ولا يتلفا وله من حيث انه اتلاف لوجوب انفصال
السوق عن الاتلاف فليس عنه ولا من ضرورته وقوله يقتص عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء
والاتلاف وقوله والركوب وان كان علة جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى انه يستعمل رجل الدابة في
الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط
في حق فعل الوطء والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه
العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك
بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وصار كما اذا امر صبيا يستمسك انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على احد
اما على الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها
الى احد كانت منفلتة وفعلها جبار وقوله والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع
بها او يفدى والباقي ظاهر **باب جناية المملوك والجناية عليه** لما فرغ من بيان احكام جناية المالك و
هو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبته لا يقال العبد لا يكون ادنى من
من البهيمة فكيف اخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم
ملاك **قال** واذا جنى العبد جناية خطأ اعلم ان التقييد بالخطاء ههنا يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا اوجب
القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين لا القصاص

لاتجري بين العبيد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قبل المولاه اما يدفعه بها او يفديه يعني بعد
الاستيفاء فانه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبرأ المجني عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه يستانى
في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله وفائدة
الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى في
العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء وقوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رض فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا
قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر رض مثل مذهبه
قال عبيد الناس اموالهم جزاء جنايتهم في قيمتهم اي اثمانهم لان الثمن قيمة العبد قوله فيجب في ذمته اي في ذمة العبد كما في الدين
فان الدين في ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته تباع فيه الا ان يقضي المولى دينه لذلك ضمان الجناية وكما في الجناية على المال وفي بعض
النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ يجب الدية في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف
الذمي يدل على صحة هذه النسخة وقوله ولنا ان الاصل الخ فيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا
الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على اصل ونحن على اصل فمن اين يقوم لاحدنا حجة على الآخر
ويمكن ان يقال الشافعي جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا
الفرق بينهما في اصله بلا اصل فبطل وقد بينا المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته
صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال الا ان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت
في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على اصل يبطل بابداء الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على ان يجي علي
المتلف يبطل ايضا بقولنا الاصل في موجب جناية العمد والخطأ والاول مسلم ولا يفيد اذ الكلام في الخطأ والثاني عين النزاع وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج
ان يقول والاصل في الجاني ان يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المط وقوله الا انه يخير استثناء من
قوله والمولى عاقلته جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب في
تحقيقه ان الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف واما
ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى
حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلته ووجهه ان الواجب الاصلي هو
الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب وللمالك ان ينتقل الى القيمة ولهذا
اي ولكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها
التمرتاشي ان الدية هو الاصل ولكن للمولى ان يرفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الاسرار ان بعض
مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص
محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف الحر الجاني جواب عما يذكر ههنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا ووجهه ان الواجب
لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر فانها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد **قال** فان دفعه
ملكه ولي الجناية فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه فداه بارش الجناية وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان
الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظ والتاجيل في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتحصيل ترفيها وتحصيل الحاصل باطل

واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع قائما مقامه ولهذا سمي فداء فياخذ حكمه فيل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم
الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا
صار مالا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة
الجناية في النفس او العضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره
المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا
لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فعارض جانب الحلول والاجل فرجح جانب الحلول لكونه فرع اصل حال لموافقة الاصل في
فرعه وهذا الكلام حسن وان لم يكن في لفظ المص ما يشعر به ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور
ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك
فهو ان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون
مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به لا يقال قد تبين
بوجوبه حالا فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله غير ان الواجب
الاصلي هو الدفع الخ وان مات العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفداء قولا او فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطولب
بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الحانث مخير وان عين احدها قولا لم يتعين وههنا قد تعين واجيب بان
حقوق العباد ادا وجب عاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا وفعلا واما حقوق الله فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب
به وقوله لان تعلق الاولى اي الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق
حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او
بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب بان في الرهن ايفاء واستيفاء
حكما فكان المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحقه عوضا
عما فات عليه فلا بد من ان يقسم على قدر المعوض وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية وقوله على
هذا حكم الشجاج يعني لو شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة سدس
العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة نصفه لان له الفا وخمسمائة فيقسم في الثلثة
هكذا وقوله وهي الجنايات المختلفة يعني يجوز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم وقوله
والحق يجب للمقتول جواب عما يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب ان يكون
حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه انا لا نسلم ان المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الخ لا يقال الملك يثبت
للوارث حقيقة وحكما وليست حكما فقط لانه ليس من اهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت اصل
وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى **قال** فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية الاصل في جنس هذه المسائل
ان المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للفداء والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم
يكن مختارا للفداء لكن يضمن الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية وعلى هذا يخرج الفروع المذكورة في الكتاب في قوله على
هذين الوجهين يعني قبل العلم وبعده وقوله بخلاف الاقرار على رواية الاصل يعني اذا جنى العبد جناية فقال وليها هو

عبدك فادفعه او افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا للفداء لما ذكر في
الكتاب ولم يندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها اخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع او
الفداء ولا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع وقوله والحقه الكرخي بالبيع واخواته في صيرورته مختارا لما ذكر في الكتاب
قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله واطلاق الجواب يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الخ
وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس وما دونها وقوله وكذا المعنى لا يختلف لان كل
واحد مال وقوله لانه يزيل الملك لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس يحتاج اليه
هنا وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه بخلاف العرض على البيع يعني لا يصير مختارا بهما لان الملك ما زال
قيل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان
فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا للفداء واجيب بان ثمة ضرورة لم تتحقق
هنا وهي انه لو لم يجعل مجيزا او فاسخا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة
في الثانية واما هنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا وقوله بخلاف
الكتابة الفاسدة بان كاتب المسلم عبده الجاني على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه يثبت بنفس العقد وهو تعليق
العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما ذكرناه قبل يعني في اختيار الفداء وقوله في العلم
بالجناية وعدمه وقوله ولو ضربه فنقصه يعني بان اثر فيه حتى صار مهزولا وقلت قيمته ببقاء اثر الضرب فهو مختار
اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان رضي
ولي الدم ان ياخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كان النقصان حصل بآفة سماوية وقوله و
كذا اذا كانت بكرا فوطئها يعني يصير مختارا للفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزءا منه وقوله بخلاف التزويج
يعني لا يصير مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن البيع وعلل المص بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذلك لا يثبت به
اختيار الفداء كما لو اقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكميا لم يثبت
اختيار الفداء كما لو اقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار وفيه اشارة الى دفع طعن عيسى حيث قال التزويج تعييب
وبالتعييب يثبت اختيار الفداء كالوضرب على يدها وعيبها وذلك لان العيب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه
حبس جزء منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله وبخلاف وطء الثيب فانه لا يصير المولى مختارا للفداء ما لم يكن معلقا
في ظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف ان مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا
على امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع معلقا اجيب بانه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع
الوطء حراما لانه اذا اختار العقد بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فيتبين ان الوطء
حصل في غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجناية ملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا
يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين ان الوطء كان في غير ملكه وقوله وبخلاف الاستخدام يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم
بالجناية لا يكون مختارا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على
الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه

عذرا

عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين
فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله في الاظهر احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا في الاجارة والرهن
لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا بالاذن في التجارة يعني لا يكون به مختارا لانه لا يعجزه عن الدفع و
الجناية
لا ينقص الرقبة الا ان الولي ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان
له لان الغرماء يتبعونه وولي الجناية اذا دفع اليه فله ان يمتنع من قبوله قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا ومن علق عتق
عبده بجناية توجب الدية مثل ان يقول ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا
لزفر لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس شيء منهما بموجود وبعد الجناية لم يوجد
منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسألة المذكورة في الكتاب قوله ولنا ظ وقوله ولانه حرضه دليل آخر ومعناه ان المولى
حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل او الرمي او الشج بتعليق اقوى الدواعي اليه اي الى الشرط وهو الحرية والظاهر انه يفعله
رغبة منه في الحرية وهذا دلالة الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل ان يقول لعبده ان دخلت الدار فانت
حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية
فانه علق بها اقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب
القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه
شيئا وقوله ووجه ذلك يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق اما اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع
وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط
موجب الجناية به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد واذا سرى تبين
ان المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان الصلح
وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق
امراته ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان
اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا
صحة لهذا الصلح الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل المولى
ايضا كذلك دلالة لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير ارضى وشرط صحة الاقتضاء وهو
امكان المقتضى موجود ولهذا لو نص على ذلك ورضي به المولى صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم
يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وقوله
وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير هذه المسألة على
خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة
وعن الثانية بغير المعروفة وقوله الى آخر ما ذكرنا يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه وقيل للاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو
وقوله وهذا الوضع يرد اشكالا قيل اي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال
لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبني على الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك

الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد اشكاله
على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع اى وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد
وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم
ما ذكر ههنا من وجوب القصاص فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة
على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب
القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال
بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا وبطل
به الجناية كذلك لان العفو عنها يبطلها فبعد ذلك وان بطل العفو بالسراية حكما بقي موجودا حقيقة وذلك كاف
في منع القصاص اما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة
هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل وقوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده الخ
وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعني اذا كانت القيمة اقل من الارش وقوله لانه اتلف حقين
واضح وقوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكمال القيمة على الانفراد كونه
كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه ان الجمع بينهما
ممكن ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما بدو
الاصل ان العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان
لاصحاب الجناية وانما بدأنا بالدفع لان فيه توفير الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب
الديون ومتى بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل
ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا اجيب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين
فان للناس في الاعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته جزاء فان كان مشغولا وجب دفعه
مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية
كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية
كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية
يوجب الارش دون القيمة وقد مر وقوله بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي واضح وقوله فلا يظهر في مقابلة الحق يعني حق
الدفع لانه دونه اى الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجحا قال واذا استدانت الامة المأذون لها ثم
ولدت فرق بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها فان الولد يباع معها في الاولى دون
الثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في
رقبتها ببيع او هبة او غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن
واما موجب الجناية فالدفع او الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها
ببيع او هبة او استخدام وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي الحسي وهو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل

عند

عند الدفع وقوله فالسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا يمكن ان
ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول منه اليه واعترض بوجهين احدهما الاثم اي دين الامة في ذمتها
فان المولى ان اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون انسانا فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان
صحيحا لما سرى اثر الدفع الى الارش المستحق بجناية جنى بها عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لان ولدها جزؤها
وارشها ليس كذلك فلما لم يسر الى جزئها لكونه اثر فعل حقيقي كان اولى ان لا يسري الى ما ليس بجزء منها واجيب عن
الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب
الدين على المولى والا لوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف
وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال
هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هناك لا في محل لا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة
النقض فان قلت اذا كان تخصيص العلة قلت تخلصه معلوم وعن الثاني بان الارش بدل الجزء متصل فات بالجناية وولي
الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء بعوض قام العوض مقامه كما لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها
الى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدل عن جزء وقوله واذا كان العبد لرجل
صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله وابراء
العبد يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وابراء المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم
بذلك او مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم ولذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى
بشيء ولا على العاقلة الا بحجة وقوله واذا اعتق العبد يعني اذا اعتق عبد معروف بالرق فقال لرجل قتلت اخاك
خطأ وانا عبد وقال الآخر بل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لانه اسند اقراره الى حالة معهودة
منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء واعترض بان العبد قد
ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح
بعد وجود اصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقوله كان القول
قوله يعني مع يمينه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال ومن اعتق جاريته ثم قال لها هذه المسئلة ايضا
مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله الا الجماع والغلة ان يقول لها جامعتك وانت امتي او
اخذت منك غلة عملك وانت امتي وقالت بل كان بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند ابي ح
وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان المقر اخذ شيئا منها بعينه والمأخوذ قائم في
يده واختلافهم على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد على الاصل المذكور واجاب عن تلف الشيء القائم بعينه بانه
اقر بيده اي بيد المأخوذ منه حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد
عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية لانه يضمن يدها
ولو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان

يعني عند الشافعي متقومة

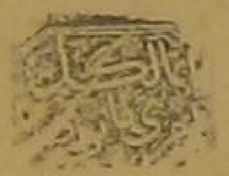
كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل بينهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرها فانه بمنزلة
اذا قال الغير فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك برأته عن ضمان العين قصاصا وارشا
وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على ان جنس العضو المتلف
ان كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على اصحابنا ان موجب العمد القود على سبيل التعيين وله اصل ما
العدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص
ثم شلت يمينه وفقأ العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم للاصل المذكور واجيب بان المراد فقأ ذهب نورها
ولم ينخسف والقصاص فيه جار وقوله وكذا يضمن الحربي اذا اخذه وهو مستأمن ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة
القطع لكنه ذكره بيانا ان المسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال
المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه
قول محمد انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا
اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ابرائه فلا يسمع الا بحجة والحاصل ان هذه المسائل على ثلثة اوجه في وجه
يكون القول قول المولى وهو ما اذا اخذ الغلة او وطئها وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ
منها مالا وهو قائم في يدها وفي وجه اختلف وهو ما استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا على اصلين احدهما ان الاسناد
الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به والآخر ان من اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه
الاول يخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني يخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد على الاول
وهما على الثاني وقوله واذا امر العبد المحجور على الوجه الذي ذكره ظ وقوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره قبل فصل الجنين
وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء
او قيمة العبد لانه انما اتلف بامره ما هو الاقل منهما **قال** واذا قتل العبد رجلين عمدا كلامه واضح الى قوله وان دفعه
اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطاء وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة رح واصل هذا ما اتفقوا عليه بان قسمة العين اذا
وجبت بسبب دين في الذمة كالغرماء في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة
فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة
بيع الفضولي وهي ان فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضولي آخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين
ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة
يضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رح في هذه المسئلة ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء
وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق
ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوى منازعة ولي الخطاء والساكت من ولي العمد في هذا
النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة رح
ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة

وهذا لان حق ولي الخطاء في عشرة آلاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة
آلاف درهم الفان لرجل والف لآخر مات وترك الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول
والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري
في العين ابتداء وقوله واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فعفا المص بقوله اي قريبا لهما قال الله تعالى واني خفت
الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به عبدا لهما اعتقاه فعفى احدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند
ابي حنيفة رح وقالا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الى شريكك وافده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول
محمد مع ابي حنيفة رح والاشهر انه مع ابي يوسف قال ابو يوسف ومحمد ان حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شائعا لان
ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقى على اصل الحرية والمولى من دمه كالاجنبي فيستحق دمه
بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون
نصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو
نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رح ان نصيب العافي قد سقط
ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا فيحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل كله
فيحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصفه هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل
هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل
على المسموع **فصل** لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا
لجانب الفاعلية ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم واكثر قضى له
بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة عند ابي حنيفة ومحمد رح وهو قول
ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف آخرا وهو قول الشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية وبدل
المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد
المبيع قبل القبض بقي العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا ان في العقد وبدلا ان هلكت وصار كقليل القيمة وكالغصب
واما ان بدل المالية بالقيمة فظ وهذا كما ترجح لجانب المالية على الآدمية لان المالية واجب الرعاية والرعاية في ذلك كثر
لان المال وان كثر لا يماثل النفس ويماثل المال ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله ووجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب
الدية مطلقا بمن قتل خطأ حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا
خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى
عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع
واهدار احدهما اولى من اهدارهما فان قيل لا نم ان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما اجيب بان
الجمع انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الاجماع وقوله وضمان الغصب جواب عن قولهما
كالغصب وقوله وبقاء العقد جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع وقوله في قليل القيمة جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة
وقوله باثر عبد الله بن مسعود وقع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم

والاول اصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود رضه معارض بما روى ان عمر وعليا وابن عمر رضهم اوجبوا في قتل العبد
قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان المروي عن ابن مسعود رضه ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو لا يهتدي اليه العقل وليس فيما
روى عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته ما بلغت فكان محمولا على انهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض
ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلعم وقوله لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية
هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يتضمن بالقصاص
ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا رح قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب
بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة
وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هو
اي القيمة بدل الدم على ما قررنا اشارة الى قوله ولا يجب دم ودية مسلمة الى اهله وقوله وان غصب امة الخ قال ومن قطع
يد عبده فاعتقه المولى صورة المسألة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب وقوله في الوجه الاول يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى
وقوله لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته يمنع القصاص وقوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيل
اي في وجوبه على وجه يستوفى لا في اصل الوجوب لان فائدة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل اي في تعذر
الاستيفاء وقيل اي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء القصاص بتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق
الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول
الاشتباه باجتماعهما ووجهه ان اجتماعهما لا يزيل لان الملكين في الحالين فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة
بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا بخلاف العبد الموصى
بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له
بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن
اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار احدى الحالتين
وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما يحتاط فيه يعني الذي لا يثبت بالشبهات فانه
يحترز بهذا عمن قال لآخر لك علي الف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن بيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال
والاموال مما يقع البذل والاباحة فيها فلا يبالي باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات
انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعدم حل
الوطئ وهو مما يثبت بالشبهات او يفسر بالذي لا يجري فيه البذل وهو راجع الى الاول قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل
آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه
ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند
محمد لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
كانه تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية
وهو القتل لانه اذا تبين ان الجناية قتل لا قطع ولهما انا تيقنا بثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه لان المقضي له سرى ص

وهو

وهو المولى والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول يعني ما اذا كان له
ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو المولى
ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة ولا معتبر باختلاف السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى
في العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسألة يعني المستشهد بها
بقوله كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية الخ فان الحكم فيها مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما لان ملك النكاح
يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا يثبته ولو اثبته لم يكن مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب وقوله والاعتاق لا
يقطع السراية جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد و
ذلك لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطاء لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق حالة
الجرح للمولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت تكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما
العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذ الفرض انه لا وارث
له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق والحاصل من هذا كله ان صورة من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا يزيد على اربع
لانه اما ان قطع عمدا او خطأ فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى المولى او لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية
بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضي والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق
سواء كان له وارث او لم يكن فلا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والله اعلم قال ومن قال لعبديه احدكما
حر ثم شجا اذا قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما اي بين ذلك المبهم بالتعيين في احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع
ليدل به على ان العتق لم ينزل على احدهما في حق الارش معينا وان كان ظهر وقوع العتق على احدهما في بعض الصور كما في الموت
والقتل فانه اذا قال احدكما حر فمات احدهما او قتل تعين العتق في الآخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة
تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين
ولا دية حرين والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف في اصول



الفقه ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات احدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار
من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان
فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر
بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما
معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر
وان كانت فكل واحد منهما يحتمل ديته في حال فيقسم لك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفتا
فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا او قتل الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الآخر فلزمه
نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان ثانيا فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة
الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد
لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق العين كانه غير نازل في المنكر ولا نتيقن ان كل واحد منهما

يقطعها صح

وقيمته في حالة

قال الذي لك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبق في المبسوط اذن لك للمولى اولورثتهما وقيل هذا
والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق في حق المولى نابت احدهما فلا يستحق بدل نفسه
فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني قطع القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى
الثانية لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر الثمرة من هذا ان ما ذكره المص فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا
او اثنين وقوله ولان القياس معطوف على قوله والفرق ان البيان انشاء ووجهه ان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول
لانه لا يفيد فائدة العتق من اهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع وانما صححناه ضرورة
صحة التصرف وابتداله ولاية النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم في احدهما بعينه فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس
لانها محل العتق دون الاطراف لانه ان حلها حل تبعا فبقي العبد مملوكا في حق الاطراف على اصل القياس قال ومن فقأ عيني مملوك
هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر او مدبر وعلى ما
اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول بان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في
حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصر اعليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كل الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف
ولانها اولى باعتبار المالية فيها لانها تسلك بها مسلك الاموال واذا كان معتبرا في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات و
فواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات فكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة وقد وجد اتلاف
النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يتقدر بقيمة الكل واداء قيمة الكل يقتضي تملك الجثة دفعا
للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى
ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس ولما فرغ من
الاستدلال على الشافعي شرع في الاستدلال لبعض صحابنا فقال ولهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب
تخيير المولى على الوجه الذي ذكرناه وهو قوله وقالا ان شاء امسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله كما في سائر الاموال فان
من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا كان ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله
ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا يرى ان عبدا الخ وهو واضح وقوله ثم من
احكام الاولى اي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كما لا يبدل النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازاء
الفائت لا غير كما في فقء عيني الحر ولا يتملك الجثة وقوله ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم اي موجب الجناية وهو الضمان
على الاجزاء والجثة ويملك الجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الآدمية ينبغي ان لا
يجب الضمان موزعا بل بازاء الفائت لا غير وبالنظر الى المالية ليس له ان يأخذ كل بدل العين مع امساك الجثة كما انه ليس له
ذلك في المال وفيما قالا الغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروق وفيما قاله الشافعي الغاء لجانب المالية اصلا حيث
جعله كالحر فقأ عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسكه ولا
شيء له من نظر الى الآدمية **فصل في جناية المدبر وام الولد** لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو كامل في استحقاق
اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة
ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط

في اسم المملوكية او جاء تأخير ذكرها عن ذكر المدبر **قال** واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى جناية المدبر على سيده
في ماله دون عاقلته لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح رض قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام وقضايا
تظهر بين الصحابة وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع ولانه صار مانعا من تسليمه كما ذكره
في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر
من القيمة وقوله ولا تخيير بين الاقل والاكثر واضح وقوله ويتضاربون بالحصص فيها اي في القيمة ويعتبر قيمته لكل واحد
في حال الجناية عليه قال في النهاية ومن صورته ما ذكره في المبسوط وقال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته الف درهم ثم ازداد
قيمته الى الفين ثم قتل آخر خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على
الثاني وقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم قيمته
الفين ثم الف من هذا لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما يثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم
فلا حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي الاول وبين الاوسط
لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فيقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط
والاول يضرب فيها الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا
يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة آلاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه
مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة بينهم على
ذلك وقوله فلا شيء عليه اي على المولى لانه ما لزمه اكثر من قيمته واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء
وقوله وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بنصف القيمة في نصيبه
ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه استوفى منه زيادة على مقدار حقه وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء على المولى لانه ليس بجان في الدفع لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه
وصار كما اذا دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه عين ما يأمر القاضي به لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء
كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة ان كل واحد من الدافع والقابض جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي
الجناية الثانية طوعا واما القابض وهو ولي الجناية الاولى فقبض حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جائز
فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة
حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى في حق التضمين لابطاله اي
لابطال المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق و
ذلك في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى احدهما جميع القيمة
بغير قضاء كان للآخر الخيار وكذلك هنا وقوله عملا بالشبهين يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبر
قيمته يوم الجناية الثانية في حقهما وجب ان يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة
في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع
عملا بشبهي المقارنة والتأخر وقوله واذا اعتق المولى المدبر الخ واضح **باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك**

حتى يجري فيها البدل

اي فوات المالية بفوات الاطراف كفوات المالية بفوات الذات

اي قيام المالية

حاله

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلتحق به قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل
ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد ان قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب سبب
الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة
الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا او كيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن
الضمان واعترض الامام قاضي خان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب
بقضاء او رضاء لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك اذا ملك البدل على الغاصب اما قبله
فلا قال نص عليه في آخر هذه الجامع والباب الثاني من جنايات الا انه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية
وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع
لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثابتة
عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع
الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى
ثابتة على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالها واليد الحقيقية واجب الرفع لكونها عدوانا لا يصلح لاعتبارها ولا مرجحا
وقوله واذا غصب العبد المحجور عليه واضح وقوله مؤاخذ بافعاله يعني في حال رقه واما في اقواله فان كان يوجب الحدود
والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله ومن غصب مدبرا
واضح وقوله من غير ان يصير مختارا للفداء ولان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل فصار
هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله فيصير ظ وقوله فصار
كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع
الى ولي الجنايتين كان للمولى ان يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله ويدفعه اي النصف المأخوذ من الغاصب
الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له اي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الذي يرجع به المولى
على الغاصب عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الاولى فلا يؤدي اليه لئلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك
رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب دفعه الى ولي الجناية الاولى
عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق
الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل
العبد في يد المالك فارغا اخذه اتماما لحقه واذا اخذ منه يرجع المولى بما اخذ على الغاصب لانه استحق من يده بسبب
كان في يد الغاصب واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة
جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير
موجبها فلا يمتنع بلا مانع قال واذا كان جنى عند المولى فغصبه رجل هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع
وحكمها ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد بينها وبين المسئلة المتقدمة انه متى دفع النصف المقبوض من الغاصب الى

ولي الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن يدفع الا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع
البدل والمبدل وقوله ثم وضع يعني ان محمدا رح وضع في الجامع الصغير هذه المسئلة في العبد بعدما وضعه في المدبر
وكلامه فيه واضح وقوله ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية كذلك وقوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف يعني
قال بعض المشايخ في هذه المسئلة خلاف محمد ايضا كما في مسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب
ولا يأخذه ولي الجناية الاولى مانعا من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذه ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من
المولى اذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح لان محمدا رح ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا ذكره
فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير وعلى هذا احتاج محمد الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن قوله
اما في هذه المسئلة فيمكن آه فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول
مرة وانه لم يتعلق بها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه وقوله ومن غصب صبيا حرا اي
ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو ان يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في
صحبته وكلامه واضح خلا انه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان في
التعدي في التسبيب فيه موجود واجيب بان المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحر
الكبير في يد نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذلك
اجيب بان حكمه ان ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب يعجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه
فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان
التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه
قال ع واذا اودع صبي عبدا فقتله كلامه ظ وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان
عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه
قبل الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي ح ومحمد رح لا في الحال ولا بعد
الادراك وقال ابو يوسف يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال
وهو تقسيم حسن وقوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق بيان عما وقع فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع الصغير
هكذا واما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا
فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا قوله وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي
المودع يعني انه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره ايضا لان المال الذي
سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح وكل من اتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل اليد في المال اليه وقوله في يد
مانعه اي من الايداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعه عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه
اوقع ماله في يد منع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان نوضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم يوجد الاقامة لانه
لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية له على الصبي نظر لان اقامة غيره
مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام نفسه والا لانسد باب الوديعة ويمكن ان يقال انما قال ذلك

لا ولي لم يتؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية بيد الغاصب وطولب الغاصب بدلا عما كان ما اخذ المولى من دفعه الى ولي الجناية

جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان
التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال لما اقام غيره مقام نفسه لسلطانه
اما ولاية المقيم على من اقامه مقامه كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شي من
ذلك في ايداع الصبي الاجنبي وقوله لان عصمته لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك
انما يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز
له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال
فان للمالك ان يستهلكها بالتسليط ونوقض بما اذا اودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن رب الشاة ما كان يملك ذبح
حكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك وانما
لا يملك خنقها من حيث انه تضييع فكان ذلك لتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال
دون غيره يعني ان المالك بالايداع عند الصبي انما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره
كما كان **باب القسامة** لما كان امر القتيل في بعض الاحوال يؤول الى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب
على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول
كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسانه و
شرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية
ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطاء ومحاسنها تعظيم خطر
الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما سياتي
قوله يتخيرهم الولي اي يختار من القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجمع واما عند الحلف فيحلف
كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلناه لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجتري على اليمين بالله ما قتلنا وقوله
وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه اي مذهب الشافعي كمذهبنا غير انه لا يكرر اليمين وقوله ولان اليمين يجب على من
يشهد له الظاهر يعني كما في سائر الدعاوي فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر
يشهد للمدعي عند قيام اللوث فيكون اليمين حجة له وبقية كلامه واضحة وقوله لانه يمين وليس بشهادة يحترز
به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لما ان اللعان شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل ادائها
وقوله واذا حلفوا قضي على اهل المحلة اي على عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلث سنين وقوله تبرئكم اليهود بايمانها
قصته ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم
فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر يتشحط في دمه فجاؤوا الى رسول الله عم ليخبروه فاراد عبد الرحمن
وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال عم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او محيصة وهو الاكبر منهما واخبره بذلك فقال
ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال عم تبرئكم اليهود بايمانها فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا
عليه قال عم اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر لم نعاينه ولم نشاهده فكره رسول الله عم ان يبطل
دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي بقوله تبرئكم اليهود بايمانها على انه لا دية بعد الحلف والا لما كان

ثمه براءة ووادعة قبيلة من همدان وقوله يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب اي في كتاب القدوري اشار به الى ما ذكر
بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب
القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه وقوله على اختلاف مضى في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه
قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع الخ **قال** وان لم يكمل اهل المحلة خمسين في البداية الى ابيه
واهل اللغة يقولون وافاه ولم يذكر الانف وحكمه حكم دبره وذكر الفم مطلقا وقد قيل اذا اصعد من جوفه
الى فيه واما اذا نزل من راسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامنا فيه
وقوله ولانا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ يتكرر وذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر
اذا وجد كذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك
لا يجوز فان قيل ينبغي ان يجب القسامة اذا وجد الراس لانه يعبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر
هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الاولى فيلزم التكرار وقيل كان ينبغي ان يقول يتكرر القسامة و
الدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية يستلزم ان يكون
الاكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا و
قوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور وعدمه وقوله لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه بان الظاهر
يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر
سلامتها واجيب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس
لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص ودية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه وعضو من وجه فاذا
انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو
الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شي فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله
لم يرد السؤال وتمام قوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم
خطرا اولى والصواب ان يقال الظاهر هنا ايضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي على القاتل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث
حمل بن مالك وهو قوله عم اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه **قال** واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل اذا وجد القتيل
على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون اهل المحلة سواء كان مالكها او لم يكن وكذا اذا كان قائدها او راكبها
لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد
في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل في الدار فان الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء
كانوا ملاكا او لم يكونوا وهناك على المالك لا على الساكن واجيب بان الامام ان الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه و
المذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القائد والسائق والراكب واما اذا كان لها
مالك معروف فانما تجب عليه وثانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب ان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية
على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف او لم يكن والفرق ان العبرة في هذا الباب للراي والتصرف والتدبير وذلك في الدار
للمالك لان يده لا ينقطع عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف والراي والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة

وبالاتلاف فيكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله وادعه واحب ما قيلنا ان من همدان وما بعده ظ وقوله و
يدخل السكان بالملاك وقوله وهو قول محمد يشير الى ان محمدا ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد
ذكر الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب وقال ابو يوسف يعني آخرا وكان قوله اولا كقولهما وما بعده ظ وقوله وهو على الخطة
دون المشترين الخطة المكان المختط لبناء دار وغيرها من العمارات ومعناه على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا
تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطة لتمييز انصبائهم والضمير راجع الى المذكور
وهو وجوب القسامة والدية اى القسامة على اهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله وقيل ان ابا حنيفة بنا ذلك على ما شاهد
بالكوفة يعني من ان اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك ويجوز ان
يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما متساويان
في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقتم فاوجبتم القسامة على اهل الخطة دون المشترين مع ان كل واحد منهما لو
انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك ان في العرف ان المشترين قلما يزاحمون اصحاب الخطة في التدبير
والقيام لحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فانه في عمارة ما اشترى من الدار واجارتها واعارتها متساويان فكذلك
في القيام بحفظ الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله ولانه اصيل والمشتري دخيل وقوله
لان الولاية انتقلت اليهم يعني على قول ابي يوسف رحمه الله او خلصت لهم على قول ابي حنيفة وقوله لزوال من يتقدمهم يرجع الى قوله انتقلت
اليهم وقوله او مزاحمهم يرجع الى قوله او خلصت لهم وقوله واذا وجد القتيل في دار يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على
عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احديهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا
يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة
على رب الدار وعلى قومه يحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى وحكي عن الكرخي انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التي توجبها على
صاحب الدار محمول على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حضورا كذا في الذخيرة والمذكور
في الكتاب يدل على انها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظ **قال** ومن اشترى دارا فلم
يقبضها حتى وجد فيها قتيل اجمعوا على ان وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا
فقال ابو حنيفة ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا ولاية الحفظ يستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان
كان لاحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده اولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى
هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما ان يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فهو اي المذكور وهو
الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند ابي حنيفة وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان
الثاني فعلى الذي يصير له ودليلهما واضح وقوله ولهذا اي ولكون ولاية الحفظ يستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة
صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل ابي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد
لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه قال ان القدرة على الحفظ باليد اطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل في اليد ما كان اصالة
ويد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستاجر قيل ما الفرق لابي حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك في
الثانية دون الاولى والجواب ان صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك والجناية للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق

باليد

باليد لما ذكر من الدليل وقوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم يعقله العاقلة يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد
وقالوا انها وديعة او مستعارة او مستاجرة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده ولا يكتفي وهذه صورة تناقض
في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة كما تقدم
والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله والقفطا اي لفظ القعدي وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل
اربابها اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي عن ابي يوسف ان السكان
يدخلون في القسامة مع الملاك ظ واما على قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظ **قال** وان قتل في
مسجد محلة كلامه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فعند ابي يوسف يجب على السكان اي سواء كان السكان ملاكا او غير ملاك
وقوله كالشوارع العامة التي يجب فيها على بيت المال قال في النهاية وانما اراد به ان يكون نائيا عن المحال اما الاسواق التي
يكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائي اذا كان
من يسكنها في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير
فيجب عليه موجب التقصير وقوله وقد بيناه يعني في مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط
الفرات يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء ما دام
جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد
يكون هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام فيجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث
الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث ومكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فيجب الدية في بيت المال
وقوله على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله لم يسقط القسامة عنهم
يعني والدية على عاقلتهم وقوله وقد ذكرناه يعني المذكور في النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه الخ
وقوله قد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وقوله فاجلوا عن قتيل
اي انكشفوا عنه وانفرجوا وقوله لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر يجيئان بمعنى
كما في قوله عم لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة وانه من خصمائه اجيب بانه
قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله لان بمجرد الدعوى لا يثبت
الحق اي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه اي في اوائل باب القسامة وارد قوله عم لو اعطي الناس بدعواهم
لادعى قوم دماء قوم واموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر لا يقال الظاهر انهم قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق وقوله وان وجد في خباء او فسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكانه اعظم
من الخباء وقوله فعلى اقرب الاخبية قيل هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله
وان كان القوم لقوا قتالا يجوز ان يكون حالا اي مقاتلين ويجوز ان يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى المقاتلة
وان يكون مفعولا له اي للقتال وقوله لان الظاهر ان العدو قتله فكان هذا الحوج الى ذكر الفرق بين هذا وبين المسلمين اذا
اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين و
المشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري ان القاتل من هو بينهما يترجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح

المسلمين

انهم لايتركون الكافرين في مثل تلك الحال ويقتلون واما في المسلمين من الطرفين فليس ثمه جهة الحمل على الصلاح حيث كان
الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل
اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله وان القواعد اصلي عنده
مابيناه اشارة الى قوله ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا الخ وقوله وقد ذكرناه اشارة الى ماذكر عند قوله ولا يدخل السكان
مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا وقوله واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف
بالله يعني لايسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية في الباب انه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا لانه
يجوز ان يكون المقر شريكه في القتل وان يكون غيره شريكا معه فاذا كان كذلك يحلف على انه ما قتله ولا اعرف له قاتلا
غير فلان قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة وشهد اثنان من اهل المحلة
عليه انه قتله قال ابو حنيفة لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي
القتل على غيرهم فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة انهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر
منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها اما ببلوغ الغلام او بعزل
القاضي وقوله وعلى الاصلين هذين يعني الاصلين المجمع عليهما احدهما ان كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما
لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت
تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وابو حنيفة جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة
بوجود القتيل بين اظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر رضي الله عنه وانما اغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم و
بدعوى الولي القتل على غير اهل المحلة لايتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه
من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله
يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس اما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي
في حقوق اليتيم خاصم او لم يخاصم كما مر واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء بعدما ابطلا
الشفعة تقبل شهادتهما لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله ولو ادعى على واحد وقوله
على ما بيناه اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة
عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لاينافي ابتداء الامر وقوله ومن جرح في قبيلة يعني ولم يعلم الجارح لانه لو
علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما
ان يصير صاحب فراش حين جرح او يكون صحيحا بحيث يجئ ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول
ففيه القسامة والدية على القبيلة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لاشئ عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه قول ابي يوسف ظ
ووجه قول ابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا اوجب القصاص اعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق
الحكم بين صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب صاحب فراش وعدم صيرورته
القصاص واجيب بان القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك
بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم

الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة واما اذا كان صحيحا يذهب ويجئ فهو في حكم
التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله ولو ان رجلا معه جريح الخ حكم هذه المسئلة
من جرح في قبيلة فنقل الى اهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة وقوله ولو وجد
رجل قتيلا في دار نفسه اعلم ان المص قال فديته على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار
للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض او مخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان تكون
عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كان
الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني تعذر
في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته وما ذكر في الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظ واعترض على وجه ابي حنيفة
بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها تجب للمقتول
حتى يقضى منها ديونه وينفذ وصاياه ثم تخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه يجب الدية على عاقلته
وتكون ميراثا له ثم اعلم بانه صنع مثل ذلك في ذكر الدية في الحكم والقسامة في دليل ابي حنيفة اشارة الى ان القسامة
واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم يذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على
العاقلة على قول ابي حنيفة فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن علم بحال القتيل وليس ههنا من يعلمه فلا يلزم القسامة ومنهم من
قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمه من يعلم بحاله واختاره المص واكتفى بذكرها في
الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما الطف مخبره ابل الله ثراه ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب
اذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكر اشار الى الجواب بقوله لان حال ظهوره الى آخره يعني انما صار دم المكاتب هدرا لان
حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفاء بل يقضي به ما عليه واذا كانت الدار على حكم
ملكه جعل قتل نفسه من قتل نفسه كانه قتل نفسه فلهذا اهدر دمه بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم يكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت
للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فيجب فيه القسامة والدية وقوله ولو ان رجلين
كانا في بيت وقوله كما اذا وجد قتيل في محلة يعني اذ توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله قال المتأخرون
اي من مشايخنا ان المرأة يدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة تشير الى انها لا يدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في
المعاقل وانما دخلت في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل
ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل ايضا وقوله لانه
احق بنصرة ارضه لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية **كتاب المعاقل** الكلام في
موجب القتل الخطاء وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتهما بد فذكرها واحكامها في هذا الكتاب قال المعاقل جمع
معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره وقوله وجبت بنفس القتل يعني
ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح والاقرار فهو في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني الدية بتأويل العقل وقوله
وكذا الذي تولى شبه العمد وهو الذي ضرب بالسوط الصغير حتى قتله وقوله وفي ايجاب مال عظيم اجحاف فسر الاجحاف
بقوله استيصاله وقوله انما قصر يعني ان القاتل انما قصر حاله لرمي في التثبت والتوقف وقوله وتلك اي القوة وقوله كتب

اسامیهم فی الدیوان الدیوان الجریدة من دوّن الکتب اذا جمعها لانها قطع من القراطیس مجموعة ویروی ان عمر رض اول من
دوّن الدواوین ای رتب الجرائد للولاة والقضاة ویقال فلان من اهل الدیوان ای ممن اثبت اسمه فی الجریدة وقوله
من عطایاهم العطایا اسم لما یعطی والجمع اعطیة والعطایا جمع عطیة وهو بمعنی العطاء وقوله وذلك لیس بنسخ بل هو تقریر
معنی جواب عن قول الشافعی ولا نسخ بعده وقوله بالحلف بحلف بکسر الحاء العهد بین القوم ومنه قولهم تحالفوا علی التناصر
والمراد به ولاء الموالاة وقوله والولاء ای ولاء العتاقة وقوله والعد هو من العدید وهو ان یعد فیهم یقال فلان عدید
بنی فلان اذا عُدّ فیهم وقوله فان خرجت العطایا فی اکثر من ثلثه ای ثلث سنین واقل بان تخرج عطایاهم الثلث فی ستة
سنین یؤخذ منهم فی کل سنة سدس الدیة وان خرجت عطایاهم الثلث فی سنة واحدة اخذ منهم الدیة فیها وقوله لحصول
المقصود یعنی ان المقصود ان یکون الماخوذ منهم من الاعطیة وذلك یحصل بالاخذ من عطایاهم سواء کانت اکثر من ثلث
سنین او فی اقل منها وقوله وتاویله ای تاویل کلام القدوری فانه اطلق ذکر السنین وانما یؤخذ منهم فی ثلث سنین بعد
القضاء فیکون المراد ثلث سنین فی المستقبل فلا بد من التاویل وقوله لما ذکرنا اشارة الی قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله
واذا کان جمیع الدیة واضح ولنا ان القیاس یاباه ای القیاس یابی ایجاب المال بمقابلة النفس یعنی لا یقتضیه لان القیاس من
حجج الشرع وهو لا ینافی الشرع ورد به ای بایجاب المال موجلا فی الخطاء فلا یتعداه فان قیل هذا لیس فی معنی الخطاء
فلا یلحق به قلنا هو فی معناه من حیث کونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جمیع الوجوه غیر ملتزمة وکون التاجیل
للتخفیف حکمة لا یترتب الحکم علیها وقوله لان الواجب الاصلی المثل لان ضمان المتلفات انما یکون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس
الا انه اذا رفع الی القاضی وتحقق العجز عن استیفاء النفس لما فیه من معنی العقوبة تحول الحق الی القیمة بالقضاء فیعتبر ابتداؤه
من وقته ای من وقت القضاء کما فی ولد المغرور فان قیمته انما تجب بقضاء القاضی وان کان ردّ عینه قبل القضاء متعذرا
لکن جعل الواجب رد العین وتحول الی القیمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العین لهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم یضمن
المغرور شیئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء علی ما نبین وقوله وهذا ای قول القدوری لا یزاد الواحد
علی اربعة دراهم فی کل سنة وینقص منها اشارة الی انه یجوز ان یزاد علی اربعة من الدیة فاذا اخذ من کل واحد منهم فی کل
سنة ثلثة او اربعة دراهم کان من جمیع الدیة تسعة او اثنی عشر ولیس کذلك فان محمدا نص علی انه لا یزاد کل واحد من
جمیع الدیة فی ثلث سنین علی ثلثة او اربعة فلا یؤخذ من کل واحد فی کل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله
هو الاصح احتراز عما ذهب الیه بعض مشایخنا مما فهم من اشارة کلام القدوری ذکره فی المبسوط وقال وذلك غلط وقوله ضم الیهم
اقرب القبائل معناه نسبا قالوا هذا الجواب انما یستقیم فی حق العربی لان العرب حفظت انسابهم فامکننا ایجاب العقل علی اقرب
القبائل من حیث النسب اما فی حق العجمی فلا یستقیم لان العجم ضیعوا انسابهم فلا تمکننا ایجاب العقل علی اقرب القبائل من القبائل
نسبا فبعد ذلك اختلف المشایخ فقال بعضهم یعتبر المحال والقری الاقرب فالاقرب وقال بعضهم یجب الباقی فی مال الجانی وقوله
فیستوی بین الکل یعنی الاباء والابناء وغیرهم لانه صلة لانه یجب علی العاقلة علی سبیل المواساة وقوله ولو کانت عاقلة
الرجل اصحاب الرزق قیل الفرق بین العطیة والرزق ان العطیة ما یعرض للمقاتلة والرزق ما یجعل لفقراء المسلمین اذا
لم یکونوا مقاتلة والباقی ظاهر وقوله وادخل القاتل مع العاقلة یعنی اذا کان القاتل من اهل الدیوان اما اذا لم یکن فلا شیء
علیه من الدیة عندنا ایضا کما لا یجب عند الشافعی قال ولیس علی النساء والذریة ممن کان له حظ فی الدیوان عقل کلامه واضح

وقوله

وقوله وعلی هذا لو کان القاتل صبیا او امرأة لا شیء علیهما من الدیة قیل انه مناقض قوله فی المسئلة التی ذکرها قبل العاقل فیما
اذا وجد القتیل فی دار امرأة حیث ادخلها المتاخرون هناك فی تحمل الدیة مع العاقلة ولیس بصحیح لان فرض المسئلة فیما اذا
کانت قاتلة حقیقة وهناك یقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا یقال اذا لم یجب علی المرأة شیء من الدیة وهی قاتلة حقیقة
فلان لا یجب علیها شیء منها وهی قاتلة تقدیرا اولی لانا نقول القسامة یستلزم وجوب الدیة علی المقسم اما بالاستقلال
او بالدخول فی العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فیتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا یستلزم الدیة
فان قلت هذا الجواب یبتنی علی ایجاب القسامة علیها وفی ذلك مناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة علی صبی الی ان قال ولا
امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتیل فی قریة لامرأة فعند ابی ح وم رح القسامة علیها تکرر الایمان وذلك مناقض قلت الجواب
ان ذلك مذکور فی سیاق قوله وان لم یکمل اهل المحلة خمسین کررت الایمان فمعناه لا یکمل اهل المحلة خمسین من الصبی والمرأة
والعبد لانهم لیسوا من اهل النصرة والیمین علی اهلها واما ههنا فالقتیل وجد فی قریتها فیجب علیها نفیا لتهمة القتل فانها
یتحقق منها ویتبین من هذا ان القسامة اذا وجبت علی الجماعة تعلق بالنصرة فمن کان من اهلها یدخل ومن لا فلا یدخل
الصبی والعبد والمرأة واذا وجبت علی واحد تعلق بتهمة القتل فمن کان من اهلها وجبت علیه ومن لا فلا فیدخل المرأة والله اعلم
وقوله والفرض لهما من العطاء جواب عما یقال فرض الامام لبناء الغزاة وذراریهم من العطاء انما یدفع لنصرة اهل الاسلام کما فی
حق الغزاة ثم الغزاة عواقل لغیرهم فکذا النساء ووجهه ما قاله ان الدفع الیهن باعتبار المعونة ای معونة الامام لهما لا باعتبار
نصرتهما غیرهما وقوله واهل البادیة اقرب الیه یعنی نسبا وقوله قیل هو صحیح الضمیر راجع الی قوله لم یشترط ان یکون بینهم وبین
اهل الدیوان قرابة وقوله من اهل المصر بیان لقوله اهل الدیوان ای اهل الدیوان الذین هم من اهل المصر وقوله وصار
نظیر مسئلة الغیبة المنقطعة یعنی ان للولی الابعد ان یزوج اذا کان الاقرب غائبا وقوله الا انها فی المعاقل العاصمة لحد
السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدیة وقوله فالدیة فی ماله فی ثلث سنین ای لا علی بیت المال لان النصرة التی هی جهة
للعقل غیر موجودة بین الذمی والمسلمین لانقطاع الولایة بینهما بخلاف المسلم فان دیته علی بیت المال اذا لم یوجد له
عاقلة علی ظاهر الروایة وسیجیء وقوله ویمکنه من هذا القتل لیس بنصرتهم ای لیس بسبب نصرة اهل الاسلام ایاه وقوله لعدم التناصر
لان التعاقل یبتنی علی الموالاة وذلك ینعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالی والذین کفروا بعضهم اولیاء بعض وقوله
والکفار یتعاقلون فیما بینهم ظاهر لا الفاظ ذکرها قوله وعاقلته اهل الکوفة الواو للحال لکن حصة القاتل تؤخذ من عطائه
بالبصرة یعنی وان کان بعد القضاء وقوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا یقضی
بالدیة علی عاقلته من اهل البصرة اذا کان القاضی قضی بدیته علی عاقلته من اهل الکوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة عن
بعضهم حیث یضم الیهم اقرب القبائل فی النسب وان کان بعد القضاء مع ان فیه ایضا نقل الدیة من الموجودین وقت القضاء
الی اقرب القبائل وقد ذکر الفرق بینهما بقوله لان فی النقل ابطال حکم الاول فلا یجوز بحال وفی الضم تکثیر المتحملین لما قضی به علیهم
فکان فیه تقریر الحکم الاول لا ابطاله وقوله لکن نقضی ذلك ای الابل من مال العطاء بان یشتری الابل من مال العطاء
وعاقلة المعتق قبیلة مولاه کلامه واضح وقوله ولا یعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدیة لان القصاص لا یجب فی عمده ولا
یتقدر ارشه فصار کضمان الاموال قیل هذا اذا کانت الجنایة فیما دون النفس فاما بدل النفس فیتحمله العاقلة وان کان اقل
من نصف العشر الا تری ان القتلة اذا کانت مائة کانت الدیة علی عاقلتهم وان کان نصیب کل واحد منهم مائة درهم لانها

بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة او خمسون درهما فانه يتحمله العاقلة لان تحمله بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما
دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل الا النص ولا علته فيجب في ماله وقوله ولا عبدا قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قولهم لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل
العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته اي يدفع الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول
ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه بقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة
قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب لا يرى قولا سواه جائزا
يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا يعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان
في كلام العرب يقال عقلت اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي
في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق
الحديث وهو قوله لا يعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله لا صلحا ولا اعترافا يدل لان لا ان معناه عن عمد وعمن صالح
وعمن اعترف وعلى هذا فقوله بعد هذا ولا يعقل العاقلة جناية العبد اضافة المصدر الى فاعله واما اذا جنى الحر على
العبد فقتله خطا كانت على العاقلة وقوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان في الاقرار
يجب الدية في ثلث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله ففي الثابت بالاقرار
اولى يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما يجب بقضاء
القاضي فهذا اولى وقوله وتصادقهما حجة في حقهما لان احد المتصادقين ولي القتل ومن زعمه ان الدية انما وجبت
على المقر فاقراره حجة على نفسه وقوله بخلاف الاول اراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم
موجب الاقرار في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر وقد تم فان قيل لما
كان اصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى محل
اجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دينا لدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم
المقتول عن الهدر فبعدما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة او لم يستوف وقوله
وقد تم من قبل اي في اول فصل بعد باب جناية المملوك وقوله قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال
يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظ
وقوله ثم ادى الكتابة اي فانه يرجع قوم الام على قوم الاب قوله والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل
حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى قضى بها القاضي او لم يقض كالمولود بين حرة وعبد اذا
جنى ثم اعتق الاب لا يتحول الجناية عن عاقلة الام لان هيهنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالي الام الى موالي الاب كالغلام
اذا حفر بئرا قبل ان يعتق ابوه ثم سقط في البئر رجل بعدما اعتق ابوه فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على
عاقلة الاب من ذلك شيئا لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك والحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك
آخر للغير قبل الوقوع فان الجناية لا يتحول الى الملك الحادث بل يبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئرا
في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل ان يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فمات فالضمان على البائع

لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا يتحول الجناية
ان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع وقد ذكر صورة
في الكتاب كما اذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤد واكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امراة حرة مولاة لبني تميم
والمكاتب لرجل من همدان فعقل عن جنايته قوم امه ثم اديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما ادوا على عاقلة
الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال حيوته فتبين انه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان حوت
جنايته على موالي ابيه فلذلك يرجعون على موالي الاب لو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك
لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة
او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم اليهم
اقرب القبائل نسبا وقد تقدم وقوله الا فيما سبق اداؤه استثناه من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيه بل يتبع ذلك من
الذين ادوا وقبل ضم اقرب القبائل اليهم

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا عنه

ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي
في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات ولما ان الجناية قد
يفضي الى الموت الذي هو وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية وهي في الشريعة تمليك
مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصي اهلا للتبرع ولا يكون مديونا
وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد وان يكون اجنبيا عن الميراث وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت
الموصي شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون
بمقدار الثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكم الوصية
ففي حق الموصى له ان يكون الموصى به ملكا جديدا كما بالهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه
كالوارث وصفتها ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا
ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويستدل بقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم
الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب قال
وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال الملكية ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك
غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسنا الجواز لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكره في الكتاب قوله ومثله في الاجارة
بيناه في انها عقد يابى القياس جوازها لكونها مضافا الى زمان في المستقبل وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس قوله
وقد يبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها
او دين الى آخر ما ذكر بيان لوجه الاستحسان وقد استدل ابو بكر الرازي على النسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت
الآية بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية
نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتبه على المعهود
عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة

وهي المذكورة في قوله تعالى ان ترك خيرا الوصية للوالدين الآية

دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد اى وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب
الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا ذكر الامام فخر الاسلام وجها آخر وقد قررناه في
التقرير واستدلاله بالسنة ظ وقوله وعليه اى على جواز الوصية اجماع الامة وقوله لما روينا اشارة الى قوله ثلث
اموالكم من غير تقييد باجازة وقوله وسنبين ما هو الافضل فيه اى في فعل الوصية او في قدر الوصية ولا يجوز بما زاد
على الثلث لقوله في حديث سعد بن ابي وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا
عطاء بن السائب عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص قال دخل النبي عليه السلام يعودني فقلت يا رسول الله اوصي بمالي كله قال لا قلت
فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لان تدع اهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك ان
تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وقوله وهذا لانه ظ والضمير لما ذكر في قوله لم يظهره و
اظهره للاستغناء وقوله تحرزا عما يتفق من الايثار اى احترازا عما يوجد من ايثار ذي البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار
البعض على البعض على ما نبينه يعني قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية روى بالحاء
المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل وقوله الا ان يجيز الورثة
استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث وقوله لان الساقط متلاش دليل قوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته
وتقريره لان اجازتهم في حال الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية
فكان لهم ان يردوه بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث فان قيل لا نم عدم مصادفتها المحل فان حق الورثة
ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت
كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن
الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا الحقتها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند اداء الضمان
فان الملك يثبت فيهما الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم
يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله ولان الحقيقة دليل آخر وتقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند
الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك فلو استند ملكه الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة وذلك باطل
لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا الوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث
من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة
ايضا وجه ذلك ان التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا
عفى عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد الامرين اما ان الازم من الاستناد من كل وجه قلب الحق
حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذ لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق
بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو
انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل بين امرين اما ان يبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما
ان يجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال الاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى وجود الحق ولم نعكس
لكون العفو مطلوب الحصول وقوله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط

لانه لو ظهر اثر ذلك

فنحن

الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا ام

من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيه لا رجوع فكذلك ههنا ووجهه انه قد عرف ان ثمة حقا وحقيقة
وانما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لان الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب
وقوله وكذا ان كانت الوصية للوارث ظ وقوله وكلما جاز باجازة الوارث تملكه المجاز له من قبل الموصي تفريع
على مسئلة القدوري وجد قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث
يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته يكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم الا بالقبض
ولنا ان الموصي صدر منه السبب في كل من صدر منه السبب ثبت منه الملك وكان في الكل ظ فالموصى له تملك من الموصي
قوله والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعني ان الاجازة ليست بسبب الخروج عن الملك
وانما هو رفع المانع وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة فكانه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو
ممنوع وصار ما نحن فيه كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله واجازة
المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث اذا اجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون
التمليك من جهته واجيب بان الوارث كان له حق فاسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن
تمليكا كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا اجاز في مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم
ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التملك من جهة الوارث لانعكست هذه الاحكام لكون الاجازة ح هبة
قال ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا لا يجوز الوصية بمباشر القتل عامدا كان او خاطئا لقوله ع لا وصية للقاتل
ولانه استعجل ما اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في
الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل ابيهم تركته ومن هو موصى
له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصي عن
عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسير جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعي يجوز الوصية للقاتل مطلقا
لانه اجنبي منه فصحت كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده
لا تبطل والحجة عليه في الفصلين يعني فيما كان القتل قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل
بين تقدم الجرح قبلها فلا استعجال ثمة واجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام
ان المعتبر في كون الموصى له قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت
كان القتل مؤخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بان ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان
التدبير وصية وهي لا يصح للقاتل واجيب بان عتقه من حيث انه وجد بعد موته حال شرط العتق وقد وجد ولكن يسعى المدبر
في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب
السعاية ولو اجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند ابي ح ومح وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع
لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة الى آخر ما ذكر في الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت
في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل
فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه تصرف العبد وقوله ولانهم لا يرضونها اى الوصية للقاتل كما لا يرضونها

كما صحت

على الوصية ... واعترض عليه بان ذكر الذي ذكره صح اذا كان القتل بعد الوصية واما اذا كان الجرح

فلا يعمل فيه

لاحدهم اى لاحد الورثة فى الوصية لاحدهم انما اجاز البقية نفذت فكذا للقاتل وقوله ولا يجوز لوارثه اى لوارث الموصى
لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذى حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض الى آخر ما ذكر فى الكتاب وقوله
بالحديث الذى رويناه اشارة الى ما تقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده فى العطية وقوله يعتبر كونه وارثا
وغير وارث وقت الموت ذكر فى فتاوى قاضى خان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية
اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ للام وبطلت للاخ
لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام
وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله واقرار المريض للوارث على عكسه اى عكس الوصية بتأويل الايصاء او المذكور اى
يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر فى النهاية ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه
بل فى ما اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت
الموت ايضا ثم بين ذلك فى مريض اقر لابن لعبد فاعتق فمات الابن صح الاقرار لانه لم يثبت بسبب حادث وهو
الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه وهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو اجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا
بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم
وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وارى ان اطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل
وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما
فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث
باطل وقوله الا ان يجيزه الورثة استثناء من قوله ولا يجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما روينا من قوله عليه السلام الا لا وصية
لوارث وقوله ولان الامتناع لحقهم اى لحقهم الذى هو تأذيهم بايثار البعض دون البعض وبالتفسير على هذا الوجه
يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فى ما دون الثلث اجازوا او لم يجيزوا لانه لا حق لهم فى الثلث كما فى الوصية للاجنبى
وقوله ولو اجاز بعض ظ قال ويجوز ان يوصى المسلم للكافر وصية المسلم للكافر الذمى وعكسه جائزة فاما الاول فلقوله تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية نفى النهى عن البر اليهم والوصية لهم بر اليهم فكانت غير منهية واما الثانى فلما
ذكره فى الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففى رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا فى شروح الجامع الصغير انه ذكر فى السير الكبير
ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغى ان يفعل وان فعل ثبت الملك لانهم من اهل الملك واما لانهم ص
وصية الحربى بعدما دخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك ماله فى حيوته فكذا بعده وفائدة خلافه انه لا
فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال
وورثة الحربى ليست كذلك وقوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكر فى الكتاب ظ والقبول ليس شرطا لصحة الوصية
وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تمليك
الغير فاعتبرنا شبه الهبة فى حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول
فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له عن غير رد وقبول فقد ذكر فى الكتاب
الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا فى الاستحسان وقوله ويستحب ان يوصى الانسان واضح وقوله

ان التقليل

ان التقليل فى الوصية افضل واليه الاشارة فى قوله عليه السلام ان تدع عيالك الحديث ومعناه وتركها اقرب اليك من الاجانب
فترك المال لهم خير من الوصية وهو مروى عن ابى بكر وعمر رضى الله عنهما قالا لان نوصى بالخمس احب الينا من ان نوصى بالربع ولان
يوصى بالربع احب الينا من ان يوصى بالثلث والكاشح العدو الذى يضمر عداوته فى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح
هو الذى اضمر العداوة فى كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لانه التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله والموصى
به يملك بالقبول واضح وقد تقدم لنا الكلام قبل هذا وقوله ولا يرد الموصى له بالعيب صورته ان يشترى المريض شيئا و
يوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه ولا يرد عليه بعيب صورته ان يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع
شيئا من التركة ووجد المشترى به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت له ولاية
الرد فى الصورتين جميعا كما فى الوارث وقوله ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض و
ذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته
بلا منفعة يعود اليه وامثال ذلك كثيرة وقوله الا فى مسئلة واحدة استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعنى الا فى
مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية يعنى فى الحكم فان قيل هذا التقديم مخالف
لنظم الكتاب هو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فالجواب ما ذكرناه فى مختصر المصنف فى الفرائض قال ولا يصح وصية الصبى
كلامه واضح وقوله ولو لم ينفذ يبقى على غيره يعنى اذا انفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى
والدرجة العليا ولو لم ينفذ يبقى ماله على غيره فكان الوصية اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعنى
كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجاز التسمية للشىء باسم ما كان عليه او كانت وصيته فى تجهيزه وامر دفنه
ورد بانه صح فى رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا او
يكون الوصية فى التجهيز وامر الدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوى نقله
بمعناه وقوله انه اوصى لابنة عم له بمال لا ينافى ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوى والاحتجاج بهذا الاثر
لا يصح من الشافعى لانه مرسل لان رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله
رفع القلم عن ثلث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى
الآية فانها تدل على ان الصبى ممنوع من ماله وقوله وهو بحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى
وقوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد ان افضلية الترك فى الثواب وانما يساويها
فيه وقوله والمعتبر فى النفع والضرر نزل فى الجواب كانه يقول سلمنا ان بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر فى النفع و
الضرر هو النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا يرى ان الطلاق لا يصح منه وان امكن ان يكون نافعا بان
يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج باختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية فى الاصل تبرع والصبى ليس
من اهله وقوله بخلاف العبد والمكاتب يعنى اذا قال العبد والمكاتب اذا اعتقت فثلث مالى وصية يصح لان اهليتهما
مستتمة اى تامة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله ولا يصح وصية المكاتب يعنى بتنجيز لا ان اضافه
الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله والخلاف فيها معروف عرف فى موضعه يعنى فى باب الحنث فى ملك المكاتب والماذون من ايمان
الجامع الكبير وما عرف ثمه هو ان المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند ابى حنيفة رح وعتق عندهما

لما ان ذكر الملك ينصرف الى ملك قابل للاعتاق وهو بعد الحرية ولا بد ح ان للمكاتب نوعين من الملك احدهما ظاهر وهو ما قبل
الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله ويجوز الوصية للحمل مثل ان يقول
اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود في البطن
وقت الوصية له او به ومعرفة ذلك بان يجاء به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المص
وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية اما الاول
وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله بعد موته لا انه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له
الجنين ارثا فكذا وصية لكونها اختيه فان قيل لو كانتا اختين لما جاز ردها كما لم يجز رده اجاب بقوله الا انه اي فعل الوصية او
الايصاء يرتد بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذلك فيه وقوله بخلاف الهبة متصل بقوله ويجوز الوصية للحمل لا يعني ان الهبة للحمل
تصح لانه تمليك محض والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه ليملكه شيئا يحصل الملك فيه
بالقبض واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما
اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة وللقائل ان يقول في كلام المص واذا كان موجودا
تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد ان يصير موجودا الا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود
يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله وبابها واسع الخ واضح
وان اختلج في ذهنك تناقض اخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها في غير الوجود فالجواب ستسمعه ان شاء
الله تع وقوله ومن اوصى بجارية يعني من قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية
لا يتناول الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها
مما يتلبس بها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل و
ذلك لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته
باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان الف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة
والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لا نم ان اسم الجارية
لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناول لما استحقه كغيره من امواله اجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا
يعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا اطلق الموصي عن قيد الافراد فاذا افرد الام لم يبق مطلقا بل يتقيد الام بالافراد فصحت
الوصية بها مفردة وقوله ولانه يصح قد ذكرناه في البيوع **قال** ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية الرجوع عن الوصية جائز لوجهين
احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم اولى والثاني ان القبول يتوقف على
الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو ان يقول رجعت
عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة ولذلك انواع ذكر المص لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله وان جحد الوصية لم
يكن رجوعا كذا ذكره محمد اعلم ان محمدا ذكر في الجامع ان جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع فمن مشايخنا من حمل المذكور
في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار على الغائب لا يصح لانه والانكار
من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار

ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فانه قال اذا اوصى الرجل بثلث ماله لقوم اشهدوا اني لم اوص
لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا اني لم اوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد
اوصيت لفلان بكذا الا اني اسالكم ان تشهدوا الي بالباطل وطلب شهادة الباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما
ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب
الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد والمذكور
في المبسوط قول ابي يوسف قال شمس الائمة السرخسي رح وهو الاصح لان المعلى قال في نوادره سالت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية
ثم جحد قال يكون رجوعا وسالت محمدا فقال لا يكون الجحود رجوعا وهو مختار المص واستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في
الحال والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفي الحال وحده رجوعا ففي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود
وهو ان يقول لم اوص لفلان وما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لان استمرار
ذلك انما ثبت ما لم يغير واذا كان الكذب باثبا في الحال كان كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا
فيبطل ما هو من ضروراته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال
الوصية ثم بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المط فتامل وقوله ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في
الماضي دليل اخر وتحقيقه ان احدهما مركب من النفي والاثبات والاخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة والعكس
ايضا وفيه نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وهنا
قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه
مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول ان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي
الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس
من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارا
للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة احدهما
للاخر وقوله ولو قال كل وصية اوصيت بها واضح وقوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف
الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها للغير وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله وقد ذكرنا حكمه بزيادته ثم
من ان يوقف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا جاز والا فلا **باب الوصية بثلث المال** لما كان اقصى ما
يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا
الكتاب **قال** ومن اوصى لرجل بثلث ماله ومن اوصى بثلث ماله لرجل ثم اوصى لاخر ايضا بذلك فالورثة اما ان يجيزوهما اولا
فان اجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان اذ لا تزاد على الثلث ح وليس احدهما اولى من
الاخر فيتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم
يكن كرجلين اقاما البينة على نكاح امرأة بطل السببان جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالسدس واضح
ولا يضرب ابو حنيفة رح اي لا يجعل من ضرب في ماله سهما اي جعل ومفعول لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا وصورة المحاباة عبدان
لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة

لاحدهما بالف والآخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم يجز الورثة جازتا المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي ح وجب ان يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة اي المطلقة هي ان يوصي لرجل بالفين ولآخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال آخر تدخل فيه تلك الوصية ولا تخرج من الثلث لهما في الخلافية وهي ما اذا اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلثه ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ولابي ح ان الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله ان التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك ههنا بخلاف مواضع الاجماع يعني المحاباة واختيها وهو واضح وقوله وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث يعني بان كان عبدا اوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان يكتسب هذا العبد مالا فيصير قيمته مساوية لثلث المال ويظهر لهما بحيث يصير العبد ثلث المال وقوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة يعني ان حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة ايضا تعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت نفذ فيما يستفاد فلم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال ولو اوصى بنصيب ابنه ومن اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت وان اوصى بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن او لم يكن لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا يجوز والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان المال كله له في تلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك ان يتصرف في ملكه كيف يشاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير قوله ولو اوصى بسهم من ماله معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل اخس الانصباء اقل والثمن اقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة اما الاثر فما روى عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عم فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي البصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء و سبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو ح النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المبسوط تخالف

كل

فيتم له السدس ص

كل واحد منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس لينفي رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه لينفي رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيزه الورثة و مرضعهما العرف فان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد على الاقل الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة ولابي ح ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال من اثر ابن مسعود رض و قول اياس رح وقوله ولانه يذكر ويراد به السدس آه مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى له السدس لما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب لا يزاد عليه وان كان مراده السدس فاتمه عملا بالدليلين وانما

وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس ص

الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما يؤدي الى النقصان عن السدس فيتم له السدس ايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق له بقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اري ان المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان والزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس لا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى نعمة وان كان غير ذلك فالله اعلم به ووجه المقال موعده وصورة المسئلة ما اذا اوصت امرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول ابي ح وعندهما يعطى الربع اي مثل الربع فيعطى الخمس بجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع فلا يستقيم عليه فيضرب في اصل المسئلة مخرج الكسر وهو اربعة اي اخذ منه تبلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في اربعة فهو اربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل اخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي اربعة فيصير خمسة ويعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي اوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على رواية الاصل فتخريجه كتخريجهما وعلى هذا اقس امثالها وخرجها على الروايتين وقوله قالوا اي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ولو اوصى ببعض من ماله او بطائفة او بنصيب او بشيء فالحكم كذلك وقوله واجازت الورثة فله ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق لاجازة الورثة فائدة فالجواب ان معناه حقه الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن حملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث وقوله والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول فقد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك

ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع ما بقى وقال زفر له ثلث ما بقى لان كل واحد منهما اى من الهالك
والباقى مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما يبقى منه عليهما وصار كما اذا كانت
التركة اجناسا مختلفة وهو القياس ولنا ان هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق احدهما فى الواحد يمكن جمع
حق شائع لكل واحد فرد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع واذا امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقى تقديما
للوصية على الارث لان الموصى له جعل صاحبه فى هذا المعين مقدما على حق ورثته بعد الموصى فكان حق الورثة كالتبع وحق
الموصى له كالاصل والاصل فى مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شئ منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة
اذا كان فيه ربح وهلك بعضه تصرف الهلاك الى الربح الذى هو تبع لا الى راس المال وصار هذا كالدراهم اى صار هذا الوصية بثلث
الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلثة دراهم فهلك درهمان وبقى درهم وهو يخرج من الثلث كان له
الدرهم فكذلك هذا وقوله بخلاف الاجناس المختلفة جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة اجناسا ووجهه ان الجمع فيها غير
ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضى لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع
فلا بد من المعادلة وهى فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا
فما هلك هلك على الشركة وما بقى بقى عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو اوصى بثلث ثيابه واما اذا اوصى بثلث ثلثة من رقيقه
من جنس واحد او بثلث ثلثة من الدور فليس له الا ثلث الباقى فى كثرة التفاوت هكذا اجاب محمد فى الجامع الصغير من غير ذكر
خلاف واختلف المشايخ فقيل هذا قول ابى حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها فاما على قولهما فالدور جنس واحد
وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقى والدار الباقية لان للقاضى ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم
فى عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام وقيل المذكور فى الجامع قول الكل لان
عندهما لا يجب على القاضى القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك اى بدون اجتهاد القاضى وجمعه يتعذر الجمع واذا هلك لم
يكن هناك فعل من القاضى فكان المال على الشركة ما بقى وما هلك والاول وهو ان يكون فى المسئلة اختلاف اشبه بالفقه المذكور
وهو ان ابا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة فى الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها
جنسا واحدا قال ومن اوصى لرجل بالف درهم ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث
العين بان كان له ثلثة الاف درهم نقدا دفع الالف منه الى الموصى له وان لم يخرج بان كان النقد ايضا الفا دفع منه اليه
ثلثه وكلما خرج شئ من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث والاصل فى المال المشترك ان
يوفى حق كل واحد من الشركاء بلا بخس ولا بخس فى حق احد بتخصيص الموصى له بالعين فى الاول فيصار اليه وفى الثانى بخس فى حق
الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان العين فضل على الدين على ما ذكر فى الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل
الموصى له الف من المال والدين ليس بمال فان من حلف انه لا مال له لم يحنث بديون له على الناس سلمناه لكن لا نسلم ان الموصى له
شريك الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بشئ معين وهو يخرج من الثلث فهلك لا ضمان على الوارث ولو كان شريكا له
لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقى من المال والجواب عن الاول ان الموصى به الف اعم من ان يكون مالا فى الحال او فى المال
لان الوصية يتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثانى بانه شريك الوارث اذا كان فى غير معين واما فى المعين فان الوارث كالمودع
لا يضمن ما لم يتعد وقوله ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله واضح واندفع بقوله فلا تزاحم الحى ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما

بالحيوة

بالحيوة فات ثم مات احدهما فان الباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا
يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصى بحيوته وعدمه
فى ظاهر الرواية لان استحقاق الحى منهما الجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصى وفى هذا لا فرق بين العلم وعدمه
فى قوله لان الوصية عنده للموصى والباقى ظ وقوله ومن اوصى بثلث ماله ظ وقوله فالصحيح ان الوصية تصح احتراز عن قول بعض
المشايخ الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا
لانه اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل فمنها ما
ذكر فى المبسوط بقوله لو قال بعتنى حنطة من مالى او بثوب من مالى فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك فى ملكه بخلاف ما اذا قال
من حنطتى او من ثيابى فانه اذا لم توجد ذلك فى ملكه او هلك قبل موته فلا شئ للموصى له والفرق ما ذكرناه قال ومن اوصى بثلث
ماله لامهات اولاده ماذكره واضح صورة وتعليلا خلا قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج
الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس ان لا يصح لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فاما
يستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها وهى امة فتستحق الوصية وهى امة والوصية لامة بشئ غير
رقبتها باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من
حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هى المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال للعبد جائزة ولم
يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم يصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت
لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف ام الولد فان
الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمه وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال
اما ان صادفها بعد موت المولى وهى حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفى القياس وان كان الثانى فكذلك لانها كالعبد
الموصى له بثلث المال له والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا توارد
علتان مستقلتان على واحد بحلول بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله وادناه فى الميراث قيد بذلك احترازا
عن فصل الزكوة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم كان لفظ الجمع فى الميراث مصروفا الى
الاثنين والوصية فى معناه من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله
كما جاء ذلك فى القران يريد به قوله تع فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف فى موضعه و
كذلك قوله وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم صورة المسئلة ظاهرة ودليلها
وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضى التسوية عند الاطلاق قال الله تع فهم
شركاء فى الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى لكل واحد منهما فى استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة
وجه الاستحسان انه اثبت الشركة وهى يقتضى المساواة والمساواة انما يثبت اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة يقتضى
اشتراكه اياهما جملة واحدة وانما اخذ نصف كل مائة لو كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك بخلاف ما اذا اوصى
لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشتراك اى ثم قال لآخر اشركتك معهما فان له نصف كل ما لكل منهما لان تحقيق
المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه

بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما يتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض في
الاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض قوله واذا اقر المريض لامرأة واضح
مبناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا او غير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في
فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال الا ان الاقرار تمليك للحال حتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا
كان المقر مريضا وقوله لان الاقرار ملزم فيه تلويح الى رد قول زفر رح وهو ان الاقرار ايصاء بطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك
ولهذا لا يصح للوارث وقوله وجه ذلك ان الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالموت في باب الوصية وقوله
الا ان لما يؤخر عنه اي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة بخلاف الوصية
لانه يعني الوصية بتأويل الايصاء وقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق يعني لا يصح الوصية والهبة لان الوصية
مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم نذكر ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه اي على العبد
دين يصح الى آخر ما ذكر في الكتاب قوله والمقعد والمفلوج المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن
الحس والحركة والاشل من شلت يده والمسلول هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها وقوله
صار طبعا من طباعه يعني خرج من ان يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض
حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما اصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من ايامه لانه يخاف منه الموت ولهذا
يتداوى فيكون من مرض الموت **باب العتق في المرض** الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام
مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل **قال** ومن اعتق عبدا في مرضه كلامه واضح قوله
والمراد الاعتبار من الثلث اي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما اوجبه الموصي
في ماله بعد موته متطوعا وقوله كالضمان والكفالة غاير بينهما بالعطف لان الضمان اعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون
كفالة بان قال الاجنبي خالع امرأتك على الف على اني ضامن وكذلك لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك بخمسمائة من الثمن
سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وقوله وما نفذه من التصرف اي
نجزه في الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض
صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله وقوله فان حابى ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين
من رجل بالف واعتق عبدا يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان بدأ بالعتق تحاصا فيه عند ابي حنيفة رح يعني في الاولى
يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق من الثلث شيء الا ان العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية تحاصا
في مقدار الثلث وقالا العتق اولى في الوجهين قدم المحاباة او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء
نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء امضى العقد وادى كمال قيمة العبد الفي درهم والاصل
المذكور في الكتاب ظ وقوله الا العتق الموقع اي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او يوصي بعتقه بعد موته
مستثنى من قوله لا يقدم وقوله كالتدبير الصحيح احترز عن الفاسد منه مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم كما سيجيء وقوله و
المحاباة في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله وغيره يلحقه اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق
والوصية بالمال وقوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة وقوله لهما في الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق

وقوله

وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا ترى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة
للبداءة فكذلك ههنا وقوله لانها يثبت في ضمن المعاوضة يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته
الاعتاق تبرع صيغة ومعنى لانه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه وقوله قسم الثلث بين المحاباتين نصفين
لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان فيه بحث وهو ان يقال
المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق
المتأخر عنها وهو مناقض للدليل المذكور من جانب ابي حنيفة رح وايضا لو حابى ثم حابى لم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان
التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته
وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بانه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض
اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما حكم الوصية وهي لا تقدم فيها فاستويا
كذا في النهاية وقوله قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم لم يقسم بين العتق
والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها والعتق الاول
مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم
هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذه صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة
مقدم على حق صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد ذلك منه صاحب العتق
الاول لان حق العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة
الثمن كان الثلث بين المعتقين لاستواء حقهما **قال** واذا اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد كلامه واضح قوله وبقي شيء من الحجة يرد على
الورثة قال الامام الكشاني الا ان يكون الموصي جعل الفضل الذي خرج عنه فيكون له وقوله وهذا اشبه يعني الى الصواب
لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده فيختلف المستحق اذا هلك منه شيء وتبطل الوصية وترد المائة الى الورثة وقوله ومن
اوصى بعتق عبده اي باعتاق عبده وقوله لانه يتلقى الملك من جهته اي لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي الا ان ملكه اي
ملك الموصي باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا ان ملك الميت فيه باق بعد لحاجته
وانما يزول ملكه بالدفع فاذا اخرج به اي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته بسبب الدين فان فداه
الورثة كان الفداء في اموالهم اي كانوا متبرعين فيما فدوه به وقوله ومن اوصى بثلث ماله لآخر واضح وقوله وان كان على المعتق دين
يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع
احدهما الآخر ان لو كان احدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل
كان الامرين كانا ثبتا بالبينة فيثبتان معا لذلك وقوله ان الاقرار بالدين اي ولابي حنيفة رح وجهان احدهما ان الاقرار بالدين اقوى
على ما ذكروا الثاني ان العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فلذلك ثبت الدين من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى
لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض
اعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك الف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ههنا و
قوله وعلى هذا الخلاف الخ لما ان الوديعة لم يظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذا الاقرار من

الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معًا بخلاف المورث ولكن حقه اي حق المودع يثبت في عين الالف
مقارنا لثبوت الدين في الذمة وعند انتقاله منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال الا له ذلك
فقال صدقتما والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب **فصل** قدم باب العتق في المرض على هذا
الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل علم ان من مات وعليه حقوق لله تع من صلوة
او صيام او زكوة او حج او كفارة او نذر او صدقة فطر فاما ان يوصي بها او لا فان كان الثاني لم يؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة
على اخراجها لكن لهم ان يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان يكون كلها لله تع او كلها للعباد
او يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله اما ان يكون كله فرايض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات
والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع
بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوها
فان كان كلها لله وهي فرايض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت بدأ بالفرايض قدمها الموصي او
اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم وان تساوت في القوة بان يكون
الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصي لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم فان قيل ابن ذهب قول ابي يوسف ولا معتبر بالتقديم
في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي ح عليهما اجيب بان هذا مختص بحقوق الله لكون صاحب
الحق واحدا واما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان ثم اوصى بثلثه لآخر وقوله فالزكوة تعلق بها
حق العبد يعني باعتبار ان الفقير حقه في القبض فكان ممتزجا بحقين وقوله اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم تأت في الكفارات
اما في الزكوة فقوله تع والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما في الحج فقوله تع ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله
ومن لم يحج وقوله عم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث وقوله والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر بترك كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة
وقوله وعلى هذا تقدم بعض الواجبات على البعض يعني لنا ان تقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع
والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور وما ليس بواجب يقدم
منه ما قدمه الموصي لما بينا يعني قوله لان الظاهر ان يبتدئ بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به ولو قال كذلك
لزم تقديم ما قدم فكذا ههنا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل ان يبدأ بالصدقة ثم بالحج
ثم بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب او لم يرتب او ما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد
ويجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب يقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات ولزيد يقسم
على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضى الله وكل واحد في نفسها مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين
فان الجمع منها وان كان المقصود به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذلك هذا
قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده كلامه واضح قوله وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل يعني على
مذهب ابي ح وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله ولهما انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الخ وقوله ومن خرج الى بلده حاجا
قيد به لانه اذا خرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسنذكره بعيد هذا قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن

فتح عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا اوصى وقوله لهما ان السفر بنية الحج
وقع قربة الخ مدفوع بقوله عم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلثة فان الخروج للحج ليس منها ورد بان المكفر اذا اطعم بعض
المساكين ومات فاوصى وما توجب الاكمال عليه بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب
ابي ح عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بالحج الا ترى انه لو بدا له في ان لا
يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي
حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك وامر به غيره فانه يجوز كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث
لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع اصلا
حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب اقوى وان كان خبر لا لانه فعمل به والحج لم يكن فيه دليل
اقوى من الحديث فعمل به وقوله على ما قررناه اراد به قوله قبل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا الخ والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم
مخصوصين وفيما تقدمه ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم **قال** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان
حق الكلام ان تقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب او ان يقال فعل ذلك اهتماما
بامر الجار قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى اخص الخصوص وهو
الملاصق وقوله وذلك عند اتحاد المسجد قيل لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران وقوله وما يروى
فيه ضعيف يعني ما روي انه عم قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا اربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة فانه قيل هذا خبر
لا نعرف رواته وقال ابن قدامه هذا ان صح كان نصا في الباب وقد طعن في رواته قال ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر
والانثى والمسلم والذمي قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي ح ان يدخل السكان تحت الوصية من الجيران الملاصقين
وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن راهويه هذه كذا حكاية من محمد في مذهب ابي ح
وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو للملاك واقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي لان المسجد
لا ينفعهم الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله ومن اوصى لاصهاره اي لاقرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار اهل
المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن ايضا قوله وان كان في عدة من طلاق
باين لا يستحقها يعني وان ورثت منه بكونه الطلاق في المرض قوله ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان يطلق على ازواج
المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من ازواج المحارم من
الذكر والانثى وازواج المحارم كلهم في قسمة الثلث بينهم سواء وقوله ومن اوصى لاقاربه يعني ينصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب
فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب والام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند ابي ح وقوله وفائدة الخلاف
يظهر في آل ابي طالب يعني ان الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول اقصى اب علي رض فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر
وعلى القول الثاني اقصى اب ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح الى قوله
ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قام به وبين
كونه متروكا بالاجماع بقوله فان عنده اي عند ابي ح يقيد بما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرناها باقصى اب له في

الاسلام وعند الشافعي به بالاب الادنى وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة وقوله واذا اوصى لاقربائه
وله عمان وخالان يعني وله ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه وهذا الخ تفصيل ما اجمله من القيود وعلى مذهبهما ح وقوله
لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد
كان له النصف ايضا واعترض بانه في هذا جعل عدم المزاحم حيث قيل اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر
وح كان ينبغي ان يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه عم غيره وعلى
هذا يقال يجب له الربع او الخمس عند الانفراد على تقدير ان يكون معه ثلثة اعمام او اربعة اعمام وهلم جرا واجيب بان ذلك غير لازم
لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره فتعين ادنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون
له نصفهما واذا اخذ العم النصف صار كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اثلاث وقوله لما بينا
اراد به قوله لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله وهي اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة وقوله
والعمة وان لم يكن وارثة جواب عما يقال العمة لا يستحق العصوبة ويقدم العم على الاخوال بسببها فلم يكن قرابتها اقرب وجهه انها
مستحقة للوصية مساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواتها
العم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق والكافر فان حرمان الارث لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله لانسبائه الا
في جمع النسيب وهو القريب كالانصباء في جمع النصيب وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة على قول ابي ح خلافا لهما
قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته الوصية لاهل فلان تنصرف الى الزوجة عند ابي ح والى كل من يضم نفقة فلان
من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تع واتوني باهلكم اجمعين فانه ليس المراد به الزوجية خاصة وكذا قوله فنجيناه
واهله الا امراته وله ان الاهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تع وسار باهله ولا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها
قيل في الاستدلال بهذه الاية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب انه كان معه احد من اقاربه
او اقاربها ممن ضمهم نفقته فان كان معهم من الارقاء احد لم يدخل فيه بالاتفاق على ان الحقائق لا يستدل عليها الا نظرا الى موارد
السماع كما عرف في الاصول وانما استشهد بالاية تانيسا فان ثبت ان ما في الاية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالاية التي
استدلا بها وقولهم فلان تاهل ببلد كذا هو المسموع على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يتجنس بابيه فان ابراهيم
ابن رسول الله م كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان اكثرهم من الاماء فعلم انهم يدخلون في هذا
اللفظ دون عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام فلان اليتيم اسم لمن مات ابوه قبل الحلم قال ع م لا يتم بعد البلوغ والعميان و
الزمنى معروف والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امرأة من ارمل اذا افتقر من الرمل كانه دقع من الدقعاء وهي
التراب ومن الناس من قال الارامل في النساء خاصة والمختار عند المص هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار
الشعبي فاذا اوصى لهؤلاء فاما ان يكونوا قوما يحصون او لا فان كان الاول وحد الاحصاء عند ابي يوسف ان لا يحتاج في الاحصاء
الى كتاب وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو
مفوض الى راي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك وتحقق التمليك فيهم ممكن له
وان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون
او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية فيه اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير و

هل يدخل الذكر في الايامى دخوله في الارامل ولا قال الكرخي يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كان او ثيبا ويقال رجل
ايم ايضا وقال محمد الايم هي البنت خاصة وقول المص محتمل والظ دخوله لانه تركه اعتمادا على ما ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية
في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة
وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد رح الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر فوق ذلك والكهل
اذا بلغ اربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى ان يغلب الشيب فيكون شيخا وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف
الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله ولو اوصى لبني فلان يعني اذا اوصى لبني فلان فلا
يخ اما ان يريد به الاضافي او يكون اسم قبيلة او فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند ابي ح رجع اليه وكان يقول
اولا لا يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط اما اذا كانت الاناث منفردات فلا يدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع
الذكور يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله الآخر ان حقيقة هذا الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز ولا
يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة
والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال ومن اوصى لولد فلان ومن اوصى لولد فلان فلا
اما ان يكون ابا خاصا او فخذا فان كان الاول فالوصية تتناول الاولاد دون اولادهم الذكور والانثى عند الانفراد
والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجاز لا يصار اليه عند
امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل اولاد الاولاد اولاد الابناء رواية واحدة وفي اولاد البنات روايتان
هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي ح ان الوصية لولد فلان يتناول الولد وولد الولد فهم ذلك من قوله تع يوصيكم الله
في اولادكم قال القدوري والصحيح انهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرناه وان كان الثاني يدخلون وان كان الصلبي
قائما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا يخ عن الاولاد عادة فيكون مراده فيدخل بخلاف ما اذا كان ابا خاصا فان بنيه
وبناته قد يخلو عن الاولاد فلا يكون مرادا وقوله ومن اوصى لورثة فلان واضح وقوله ومن اوصى لمواليه مبناه على جواز عموم
المشترك وعدم جوازه والشافعي يجوز ذلك فاجاز هذا واصحابنا لم يجوزوه فكذلك هذا والمروي عن الشافعي رواية عن
ابي ح لكن لا على جواز عموم المشترك بل على ان لفظ المولى على الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة على بني الاعيان وبني العلات و
بني الاخياف وليس بتام لان معنى الاخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الاب والرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك
فان معنى الاعلى منعم ومعنى الاسفل منعم عليه فكان في احدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول واليه اشار بقوله ان الجهة
مختلفة وقوله في موضع الاثبات احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الائمة وعامة اصحابنا ان لا عموم
للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف بان ترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل لان
الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء الواحد وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده فان قيل
سلمنا ان لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصي قبل البيان والتوقف
في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان يصرف الوصية الى المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما
فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب فالصرف الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى اجيب بانها معارضة
بجهة اخرى وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل الفقر وفي الاعلى الغني والمعروف عرفا كالمشروط

شرطًا كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى ولو اوصى لمواليه وليس له الموالي الاعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال
الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هولاء ثبت بعد الموت لان المتوقف على الشي لا يثبت الا بعد تحققه
وجودًا والوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم
يوجد فيهما وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم اي ثابت مستقر والاصح
الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت ويدخل
فيه اي في هذا الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو اوصى لمواليه وله موال واولاد الموالي وموالي موالاه
دخل معتقوه وهو ظ واولادهم لان نسبتهم اليه بالولاء للعتق الذي باشر في اباهم والفروع اجزاء الاصول فكان الاطلاق
حقيقة فيهم كما في اصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم الموالي عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم لان النفي عن الفروع صحيح
حيث يجوز ان يقال ليسوا ابني فلان وانما هم بنو بنيه وعن ابي يوسف انهم يعني موالي الموالاة يدخلون ايضا لما ذكره في الكتاب وهو
واضح وقوله والاعتاق لازم جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الاعلى والاسفل ووجهه
ان المشترك لا يعمل به اذا لم يكن قرينة على احد المعنيين وههنا قرينة تعين احدهما وهو ان ولاء الاعتاق بمنزلة النسب
لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا يتحقق المزاحمة بينهما ولو
يكن له الا موالي الموالاة كان الثلث لهم لان الحقيقة اذا لم يكن وجب العمل بالمجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء ولو كان
له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق حكم
المعتق لما ذكرنا ان اسم المولى لاولاد الموالي حقيقة وقوله ولا يدخل فيه اي فيما اوصى لمواليه موالي اعتقهم هكذا وقع في النسخ
ولكن الصواب ان يقال موالي اعتقهم ابوه او ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب في هذا لان الحقيقة هو
ان باشر اعتاق مملوك فيصير مولى عنه والمجاز ان ينسب اليه ذلك باعتاق مملوك لم يعتقه لان المعتق مملوكًا ولم يوجد منه حقيقة
موالي الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسبيبه فقلنا انهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما
وقع في النسخ لان الذين اعتقهم موالي له حقيقة وقوله وانما تحرز ميراثهم بالعصوبة جواب عما روي عن ابي يوسف ان موالي ابيه
يدخل اذا مات ابوه وورث ولاءهم لانهم مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك ان احراز الميراث ما كان لكونه مولى له
لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة
النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق البعض قال
في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب ان يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه يثبت بهذا
الفرق بين موالي الموالي وبين موالي اعتقهم ابوه او ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه ايضا وذلك انما يستقيم فيما اذا
كان بخلاف معتق المعتق واما معتق البعض فعند ابي حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند
قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين ان النسخة في قوله
لا يدخل فيه موالي اعتقهم باثبات لفظ ابنه وههنا بخلاف معتق البعض وجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه ومعناه
ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة بخلاف موالي الام لانهم ليسوا مواليه حكما ولكن ينبغي ان يكون
هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في

الموصين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة **باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة**
لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب لان المنافع
بعد الاعيان وجودًا فاخرها عنها وضعًا **قال** ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلامه واضح ويفيد الموافقة
بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينها وبين الارث لان الوصية يعتمد التمليك
والمنافع تقبل ذلك للحاجة حال الحيوة فكذا بعد الممات لان الموت لا ينافيها والارث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في
عين يبقى والمنفعة عرض لا يبقى واذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فاخذت حكمها والمعنى وهو الحاجة
يشملهما يعني المنفعة والغلة قوله فان خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال ابدا
او جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث او لم يخرج ولكن اجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه
ليخدمه وان لم يجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يموت وان كان الثاني فاما ان عين سنة مثل ان يقول
سنة ست وستين وسبعمائة او لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي
بعد مضي بعض من تلك السنة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازت فانه يسلم العبد الى الموصى
حتى يستوفي وصيته وان كان لا يخرج ولم يجز الورثة يخدم الموصى له يومًا والورثة يومين حتى يمضي السنة التي عينها ثم
يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال او لا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليخدمه
سنة كاملة ثم يردها الى الورثة وان لم يخرج ولم يجزه الورثة يخدم الموصى له يومًا والورثة يومين الى ثلث سنين ثم يرده
الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة السنة على ما سنذكره **قال** فان كان مات
الموصى له عاد الى الورثة اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصي لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع
على حكم ملكه ولو انتقل الحق الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يتملكه
المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن لا يجوز ان يستحقها كذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير
مرضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل اي في فصل
اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت
ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه او سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشايخ
في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وليس للموصى له بالخدمة ان يوجر العبد والدار واضح سوى الفاظ نذكرها
قوله اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو ان
الشي لا يتضمن ما فوقه وقوله الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد
الموت لعدم قبولها الرجوع ح ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع
بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به وقوله ولان المنفعة دليل آخر قوله وهذا لا يجوز يعني بناء على ما قال الا تملك الاقوى
بالاضعف وهو ظ واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا يعقد المعاوضة ويجوز ان
يملكها ببدل واجيب بان كلام المص في الوصية ومراده بالمنفعة منفعة يجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك
فلا يكون واردًا عليه وقوله فاذا كان يخرج من الثلث احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى اهله الا باجازة الورثة

وقوله واذا كانوا في غيره اي في غير مصر الموصي وقوله ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره قد علم جوازه فيما تقدم طريقين وقوله
ذكره تمهيدا لقوله ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة يعني اذا لم تجز الورثة فكانت الوصية بغلة عبده سنة
ونذكر الضمائر اما بتأويل المال ونظرا الى الخبر وقوله لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه
ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة
بطريق المهاياة الى ان يستوفي خدمته سنة كاملة كما ذكره وقوله فلو اراد الموصى له قسمة الدار ظاهر الى قوله عطفا منه احدهما
على الآخر ومعنى ذلك انه عطف قوله لآخر برقبته بالواو على قوله اوصى له بخدمة عبده فيعتبر هذه الحالة بحالة العطف
بحالة الانفراد اي بحالة انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى فلا يتحقق المشاركة بينهما فيما وجب لكل واحد منهما وقوله
ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة
كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر يكون الرقبة والخدمة
للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته
لآخر اما ان يكون ادرك حد الخدمة اولا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لان بالانفاق
عليه ينمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة
لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا يقوى على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة
كالمستعير مع المعير وان جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه
التطهير وقوله ولها اي لهذه المسألة نظائر وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله ولا شيء لصاحب الظرف وهو الامة
والخاتم والقوصرة في المظروف يعني الولد والفص والتمر في هذه المسائل كلها اما اذا كان احد الايجابين موصولا بالآخر
فبالاتفاق واما اذا كان احدهما مفصولا عن الآخر فكذلك عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة
فان الموصول والمفصول فيها في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به ابو يوسف في الكتاب وفي المبسوط دليل على
ان المعول على قول محمد **قال** ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من
الموصى به والتعدي الى الحادث على وجوه ثلثة في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد او لم يذكر كالوصية
بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع
على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لم يذكره كالوصية بالصوف على ظهر غنمه والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لان
المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه
وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت الموت تناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان ان يقع على
الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس ان الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان
حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصي عن الالغاء والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي
والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله ومن
اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى آخر الباب واضح ولله در المصنف ما اجزل تركيبه واحسن ترتيبه لا ترى معنى من المعاني يحتاج الى
تقرير الا وتركيبه او في تأديته له عن غيره وقوله ويعتد الخلع صورته ان يقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي وغنمي

صح وله ما في بطنها وان لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لان ما في البطن قد يكون متقوما وقد
لا يكون فلم يغره حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس بها حمل ترد المهر **باب وصية الذمي** عقب وصية
المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات اذا صنع يهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحته
ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عنده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة
اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية
معصية فلا يصح ولو اوصى بذلك اي لو اوصى ان يجعل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى
الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية التمليك فامكن تصحيحه اي تصحيح ايصائه على اعتبار المعنيين يعني الاستخلاف و
التمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للمسمين صنعوا به ما
شاؤا واذا اوصى ان يجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين يعني قوما غير محصورين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا هي
باطلة لان هذه في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولابي
حنيفة ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو اوصوا بالحج لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بالاتفاق فكذلك اذا اوصوا
بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببناء
بيعة او كنيسة في القرى عاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار وذكر الفرق بين
بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله لم يصر محرزا لله تعالى حقيقة بل تحرز على معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث
عنه وقوله ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرز لله وقوله بخلاف الوصية متصل بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال
ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وقوله على مقتضاه كلها راجع الى الوصية بتأويل الايصاء
وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظها تقاعدت عن افادة معناها وهو زوال الملك فيما
اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا اوصى بما هو قربة فيه علمت عملها وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي الخ واضح
قوله ما ذكرناه يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة وقوله كما ذكرناه يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة
وقوله والوجه ما بيناه اي من الجانبين وهو ان المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما انهم وصية معصية وقوله والحجة مشورة
يعني ان كلامه في صرف المال الموصى به الى الاستضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله
على الخلاف المعروف في تصرفاته يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة ان اسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا وقوله وفي
المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة فصار كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف
هذا وقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية
تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا
الاصح وبهما يصدقان وقوله واذا دخل الحربي دار نابامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز قيل هذا اذا لم يكن الورثة
معه اما اذا كانت فانها يتوقف على اجازتهم والى هذا اشار بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب وقوله ولان
حق المستأمن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو ان يقال قد قلت ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار
الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه ان ذلك الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستأمن لا من حقه تسليم ماله الى ورثته

عند الفراغ عن صاحبه والزيادة على مقدار ما اوصى فارغ عن ذلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد
على الثلث لحق الورثة آه وقوله ولو اعتق عبده عند الموت آه ظ وقوله ولو اوصى لحربي في دار الاسلام دار الاسلام
ظرف لاوصى لا لقوله حربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمي اذا
اوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو اوصى له اي للمستأمن مسلم او ذمي بوصية جاز والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لان كتاب الوصايا
يشمله لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل اي جعله
وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه ورده في غير وجهه اي بغير علم الموصي هكذا ذكره في الذخيرة اشارة الى ان
المقصود بذلك علم الموصي لتدارك حاله عنده رد الوصي فليس برد لان الميت مضى لسبيله اي الموصي مات معتمدا عليه
فلو صح رده بغير علمه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته واضرار لا يجوز فيبقى رده وطولب بالفرق بين الموصى والموصى
اليه في ان قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حيوة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على
ما ذكرتم واجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف
الاول لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصي ولا ضرر لهم في ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد
عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه اي غيبته وبغير علمه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف
بنفسه فانه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات
الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي خان ونقل عن كل
واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم
يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه وعن هذا قال بعض الشارحين رواية عامة الكتب
فيما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وقد اشار اليه المص في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل الا بمحضر من الموكل
وذلك ايضا قول المشايخ على ما اشير اليه بقوله قيل وسببه الاضرار بتغريره واما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فليس
فيه ذلك قوله فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية
الالزام فبقي مخيرا يعني كمن وكل حال حيوته فانه ما لم يوجد من الموكل قبول نصا او دلالة كان بالخيار قيل كان يجب ان لا
يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع واجيب
بان الموصي مغتر حيث لم يسئله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فبطل الا الخيار
خيار وقوله فلو انه باع شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز ان يكون دلالة فانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح
يخالفه لكنه معتبر في ذلك بعد الموت وقوله وقد بينا الوجهين العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما ذكره في
كتاب ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن علم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى
يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي وقوله وان لم يقبل
حتى مات الموصي فقال لا اقبل يعني ان الوصي اذا سكت في حيوة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرجه
القاضي حين قال لا اقبل الا ان يخرجه قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه

للوصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجلوب بشيء والثاني مجلوب بالثواب وفي دفع الاعلى من الضررين اولى لا محالة وقوله الا ان
القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فله ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك
واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي
وهو الذي اختاره المص ومنهم من قال انما يصح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فههنا
اولى واليه ذهب شمس الائمة الحلواني والباقي واضح قال ومن اوصى الى عبد او كافر ومن اوصى الى عبد غيره او كافر ذمي
او مستأمن او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة
الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الصور الثلث ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا
او معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا ان معناه سيبطل
ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عاجزا عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكونه منافعه للمولى
والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا بانها تبطل
باخراج القاضي عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز فثبت ان الايصاء
صحيح لكنه لا يستوفي البياعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس
الائمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله
لعدم الولاية اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله واستبداده الى ما بعدها لانها بمنزلة الاعارة فيه ولا يتعلق بها اللزوم وقيل
معناه في الكافر ايضا باطل لعدم الولاية على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظ وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله وهذا يصلح عذرا
في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالخيانة يرتفع الصيانة
فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله ومن اوصى الى عبد نفسه واضح وقوله وفي اعتبار هذه اي هذه الوصية وهي وصية عبد على
الورثة الصغار تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي والولاية لا
تتجزى اذ لا يقال ولاية في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجز فكان عائدا على موضوعه
وقوله انه مخاطب احتراز عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله
ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت
الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله يكون ناظرا لهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته
وامانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذلك هذا وقوله والوصاية قد تتجزى جواب عن قولهما
وفي اعتبار هذه تجزيتها وذلك ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة رح انه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الآخر
في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة او يقول يصار اليه اي الى التجزي كيلا يؤدي الى ابطال اصل
هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي الى تغير وصفه وهو جعله متجزيا بعد ما لم يكن قلنا تغير الوصف
لتصحيح الاصل اولى من اهداره بالكلية قال ومن يعجز عن القيام بالوصية معنى قوله بالوصية اي بالوصاية اعلم ان الاوصياء
ثلثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المص العاجز احدا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم
اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم صيانة الوصي وبعض كفايته وجب عليه تكميل النظر

عدلا ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم صيانة الوصي وبعض كفايته وجب عليه تكميل
النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر له ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي ذلك اي عدم الاستبداد لعجزه لا يجيبه كما ذكر في
الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين اي جانب الموصي والوصي بقوم المنصوب من جهة
القاضي بالتصرف في حوائج الموصي العاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه اذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يتعرض اليه بالاخراج
وان شكاه الورثة او بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين
الخ روي عن ابي القاسم الصفار انه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما
بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا اصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل
واحد منهما على الانفراد وحكي عن ابي بكر الاسكاف انه قال الخلاف فيهما جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل في المبسوط
هذا اصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت فتثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة
وانما قال الا في اشياء معدودة ولم يذكرها لاختلاف اقوال العلماء فيها فذكر في الاصل ستة وهو على تنفيذ الوصية المعينة
وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع ما يسرع اليه الفساد
ورد المغصوب والوديعة والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاصل وتنفيذ الوصية و
قبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعة فقيل يحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا
لئلا يزيد على ما نص عليه من الثمانية والذي ذكره المص اكثر من ذلك وقوله سبيلها الولاية يعني انها لا تثبت لمن لا يثبت له الولاية
بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله لانها ليست من باب الولاية اي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من اوصى اليه
وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ان اقتضاء الدين اي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف وقوله ولو اوصى الى كل واحد منهما
على الانفراد ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله فان مات احدهما متصل باول الكلام وقوله ولو ان الميت
منهما اوصى الى الحي ظ وقوله والى الجد في النفس يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص
للجد فكذا الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل
عند عدم الاصل وقوله وعند الموت كان له ولاية اي عند موت الموصي كانت للوصي ولاية في التركتين اي تركة نفسه سماه تركة
باعتبار ما يؤول اليه وتركة موصيه اما في تركته فباعتبار انه ملكه واما في تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل لكمال منزلته فيهما
وقوله فلا يرضى بتوكيل غيره اي لا يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره او يوصي الى غيره قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة
جائزة • رجل اوصى الى رجل واوصى الى رجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار او كبار غيب فقاسم الوصي الموصى له نائبا عن
الورثة واعطاه الثلث وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا او
في المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء واما اذا كان الوارث كبيرا
حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث للموصى له لم ينفذ القسمة
على الموصى له صغيرا كان او كبيرا حاضرا او غائبا في المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصي ما فرزه له كان له ان يرجع
على الورثة بثلث ما في ايديهم والفرق بين المنقول والعقار ان الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول
والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما

ذكره

ذكره في الكتاب في حاصله ان الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز ان يكون الوصي خصما عنهم وقائما مقامهم واما الموصى
له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة
عليه وقوله حتى يرد بالعيب اي فيما اشتراه المورث ويرد عليه اي فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانه اذا اشترى
جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من
آخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون مغرورا كغروره وقوله غير
ان الوصي لا يضمن جواب سؤال تقريره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلاك المال بعد ذلك الفعل الذي هو
غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا
هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما
لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية وقوله فان قاسم الورثة
كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه قال
وان كان الوصي اوصى للميت بحجة • رجل مات وترك اربعة آلاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ
الوصي الفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت
ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى هكذا وقال ابو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث
درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة اخرى و
وجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح وقوله ومن اوصى بثلث الف درهم واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي
ان هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى يعد احد الشريكين من غير قضاء و
لا رضاء ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فاما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة
كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك فانها مما يوزن وقوله و
اذا باع الوصي عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى او وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر
من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغرماء العبد هناك حقا في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال
حق الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم واما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد انما حقه في استيفاء الدين من الثمن
فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل محققا له لان حقه في الدراهم او الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله ولو تولى
حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين ظ و
قوله لانه ضمنه بقبضه اي لا بعمل آخر يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصي ولا
لورثته وقوله لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله
انه يرجع عليه بحكم الغرور اي بحكم ان الميت غره بقوله هذا ملكي فانه لما امر ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكي فكان
الوصي مغرورا من جهته وكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله وقد مر في كتاب القضاء يعني في
آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء الخ وقوله فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها
وفاء لم يرجع بشيء اي لا على الورثة ولا على المساكين اذ كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع للميت فصار كما اذا كان على الميت دين

آخر وذكر في الذخيرة محالاً الى المنتقى ان الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب ان
يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب
والفقير تبع له وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ ظ وكذلك قوله واذا احتال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه
سواء في الملاءة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوزه يحتاج الى الفرق بينها وبين ما لو باع مال اليتيم بمثل قيمته
من اجنبي فانه جائز على الجميع والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست
كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح
واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند ابي ح وم خلافا لابي يوسف فيجب ان يكون هذا
ايضا على ذلك وقوله ولا يجوز بيع الوصي واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئا لنفسه او باع من اليتيم
شيئا من ماله هل يجوز او لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند ابي ح وابي يوسف في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة بان يبيع ما يساوي
خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى ظاهر الروايتين عن ابي يوسف لا يجوز على
كل حال وقوله والصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي ح لانهم يتصرفون
بحكم المالكية اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم بنيابة عن احد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب
عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن **قال** واذا كتب كتاب الشراء على وصي هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود
لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط وقوله وبيع الوصي على الكبير الغائب قيد
بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض والضياع والعقار على جواب السلف كما
ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين او غائبين وقال المتأخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء
له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا
حضورا ليس للوصي التصرف في التركة اصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على
الميت دين او اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها وان كان الدين
محيطا وبمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين ايضا عند ابي ح خلافا لهما وتنفيذ الوصية بمقدار الثلث ولو
باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله لان الاب يلي ما سواه دليل المسألة
وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسألة اذا لم يكن على التركة دين فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء
الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق فيبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة
عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي ح خلافا لهما قالا في منع بيع الزيادة ان جوازه للحاجة ولا حاجة الى
بيع الزائد فلا يجوز واستحسن ابو ح فقال الولاية هنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزى فمتى ثبت له الولاية في بيع البعض ثبت في
الباقي ولان في بيع البعض اضرار العيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير الا ترى
انه يملك الحفظ وبيع المنقول لان حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسألة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة
الكتاب واذا كانوا صغارا بعمومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان الكبار ان كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية
فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار واما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين

مستغرق فبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق فبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف
وان كانوا حضورا او كانت التركة خالية عن الدين فبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف
وان كانت مشغولة بدين مستغرق فبيع الكل وبغير مستغرق فبقدره والزيادة على الخلاف وقوله ولا يتجر في المال ظ وقوله
وهذا الجواب في تركة هؤلاء يعني الاخ والام والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لان الوصي هؤلاء فيما ترك الاب ليس كوصي الاب في
الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن ابيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام
والام حال حيوتها لا يملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها واما ما ورثه الصغير
من الام فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية اما اذا
كانت فان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين داخل تحت
ولايته وان لم يكن مستغرقا فبيع بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف لما مر وهذا الجواب بعينه هو
الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كما لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه وقوله والوصي احق بمال الصغير
من الجد الخ ظ وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب الخ **فصل في الشهادة** قال في النهاية لما
لم يكن الشهادة في امر الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيها قوله واذا شهد الوصيان ظ وقوله وجه
الاستحسان الخ اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له
ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت فيها الشبهة واجيب بان القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي
لكن الموصى اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن
ثمه وصي وهناك يقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي
وقوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة وقوله وكذا لو شهد يعني الوصيين الخ واضح واذا
شهد رجلان لرجلين فمن هذه المسائل اربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه
وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان
يشهد الرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او بثلث المال ومبنى ذلك على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا
تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع الا
ختلاف فيه بناء على ذلك ايضا فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه محمد ولم يضطرب ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق
شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة
لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف
حال حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة **كتاب الخنثى** لما فرغ من بيان احكام من
غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب ان تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه
فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فاوجب ذكر الفصل قلت كانه في قوة
ان يقال لهذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت كان انما هو فيما وقع في التفصيل لا في الاجمال **قال**
واذا كان للمولود اي قال القدوري اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر ان الواو الواقع في اول الكلام للاستيناف وكانه ظ

وقوله فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح وجه الدلالة ان الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين
الآلتين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة
الاصلية للآلة كونها مبالا فاذا بال من احدهما عرفنا ان الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والآخر زيادة خرق في البدن فكان
بمنزلة العيب في الباقي ظ وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شيء او تعارض
العلامات فهو خنثى مشكل وهذا يدفع ما يقال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا اريد به الغالب **فصل في احكامه** لما
كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم
ذكر في هذا الفصل احكامه فقال الاصل في الخنثى المشكل ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه والاصل هو الذكر
لان حواء خلق من ضلع آدم اعتبره فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل قيل وانما قال باستحباب
اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو
محاذاة الرجل المرأة في صلوة مشتركة موهوم فللتوهم احب له ان يعيد الصلوة فان قيل الخنثى ان كان مراهقا فلا اعادة عليه
وان افسدها وان كان بالغا فالاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة و
على هذا التقرير يكون الاعادة من عن يمينه ويساره وخلفه بحذائه اذا قام في صف الرجال لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة
هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم وقوله واحب الينا ان يصلي بقناع يعني اذا كان
مراهقا واما اذا بلغ بالسن فذلك واجب قوله وهو على الاستحباب يعني اذا كان غير بالغ واما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه
شيء من علامات الرجال او النساء فالاعادة واجبة وقوله لانه يباح لمملوكه النظر اليه رجلا كان او امرأة قيل فيه نظر لانه
وان كان صحيحا في حق الرجل ولكنه فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مع انها
ان ينظر من مولاتها الى ما لها ان ينظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو اخف
منه الى خلاف الجنس فليس للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو تزوج له الولي امرأة بمهر يسير اغنته عن شرى
الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقرير اجيب بان محمدا لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين امره
ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة
الى زوجها وقوله ويكره له في حيوته لبس الحرير قيل لا فائدة في قوله في حيوته فانه لا لبس بعد الموت وانما هو الباس فكان معناه
مفهوما من قوله لبس هو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز ان يكون بعضها بيانا للواقع
وانما كره ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن
الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فكره له اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان تكشف قدام الرجال او قدام النساء
يعني اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا وهذه
المسئلة يدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل
لجاز له التكشف للنساء في ازار واحد وقوله وان يخلو به اي يكره ان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة لقوله عم الا لا يخلون رجل
بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما شيطان وامره في ذلك محتمل نظرا الى حاليه وقوله لا علم لي بلباسه يعني لاشتباه حاله
وعدم الترجيح وقول محمد ظ وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الخنثى لا مبتلى بالشك وقوله وان قال بالقولين يعني ان يقول كل عبد

وكل

وكل امة لي فهي حرة وقوله لانه ليس بمهمل يعني انه في الواقع ليس بخال عن احد الحالين وقوله لانه دعوى تخالف قضية الدليل
لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله ينبغي ان يقبل انما قال بلفظ ينبغي لانه
حكم غير مذكور فلم يتيقن به وقوله لا يحل الغسل غيره يعني من الرجال والنساء اي غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع
فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح نظر الجنس عند
الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله
لعدم ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال او عكسه فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان يمم الاجنبي وبغيرها
ان كان ذا رحم محرم من الميت وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امرأة ولا يشترى جارية للغسل
كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا تقبل المالكية فالشرى غير مفيد بخلاف الشرى للختان فانه في حال الحيوة وله اهلية
الملك فيهما وقوله وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا بحالة الحيوة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان
في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات والاصل فيه قوله عم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولو دفن مع رجل
في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل يعني يقوم الرجل الى جانب القبلة لان جهتها اشرف فالرجل بالتقرب اليها اولى
وقد جاء في الحديث انه عم امر بتقديم اكثرهم اخذا للقرآن الى جانب القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذلك في حكم
قبرين وقوله وان جعل على السرير نعش المرأة النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم
في كتاب الصلوة وقوله وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث فلا باس بذلك لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحيوة
فالزيادة على الثلثة في الكفن للرجل غير ضارة كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال حيوته ازيد على الثلثة واما اذا كان
انثى كان في الاقتصار على الثلثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة اثواب **قال** ولو مات ابوه وخلف ابنا اعلم
ان الشيخ ابا الحسن القدوري رح ذكر قول محمد مع ابي حنيفة وكذلك اثبت المصنف في الكتاب كذا ذكره الشيخ ابو نصر البغدادي
وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع ابي يوسف رح ولكن ابو يوسف ومحمد رح اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم ياخذ به وابو
يوسف رح فسره على وجه ولم ياخذ به وهو ان يجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفسير
محمد بان يجعل على اثني عشر واخذ به وكان قول ابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة رح ثم رجع فيقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات ابو الخنثى
وترك ابنا وخنثى فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة رح للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك
اي غير كونه انثى بظهور احدى علامات الذكور بلا تعارض فيعتبر ذكرا وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى
وهو قول الشعبي وابن ابي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس رض واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد رح المال بينهما على
اثني عشر سهما للابن سبعة وللانثى خمسة وقال ابو يوسف رح المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق
كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن
فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلثة ارباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلثة ارباع سهم فجعل
سبعة فللخنثى ثلثة وللابن اربعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان انثى كان اثلاثا فاحتجنا
الى حساب له نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان لكل واحد ثلثة اسهم وفي حال اثلاثا سهمان للخنثى
واربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر بالنصف

فيضعف لتزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تأخير قول محمد اشارة من المص الى اختياره
وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد اقل مما ذهب اليه ابو يوسف لسهم من اربعة وثمانين سهما
فطريق معرفته ان يضرب السبعة في اثنى عشر حيث لا موافقة بينهما بلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شئ
من السبعة في اثنى عشر وحصة الخنثى منه ثلثة فاضربه في اثنى عشر بلغ ستة وثلثين واضرب حصة من كان له شئ من اثنى
عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلثين فظهر ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين كذا
افاده الامام حميد الدين رح ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة او الانوثة
ولا شئ منهما بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن والاقل وهو ميراث
الانثى متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن دون المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزائد
فان من قال لفلان علي دراهم يحكم بالثلث حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال
سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا يمنع الوجوب لانا نقول
ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة والانوثة ولا شئ منهما بمتيقن به
فيما نحن فيه وقوله الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراث
الانثى المتيقن وما جاوزناه عنه الى النصيب الذكر لان المال لا ابتداء لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى
ان قدرناه ذكرا فح يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهي ان يكون زوجا واما واختا لاب وام من خنثى
فان قدرناه الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان
قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو اقل فقدرناه ذكرا واذا ترك امرأة واخوين
لام واختا لاب وام هي خنثى للمرأة الربع ولبني الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى انثى ترث النصف لكون المسئلة من اثنى
عشر وتعول الى ثلثة عشر ولها ستة من ثلثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثنى عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا
ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شئ للخنثى
وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله اقل النصيبين اسوأ الحالين وهذا مذهب عامة الصحابة رض فان قيل اذا كان الخنثى
ممن يتوهم استبانة امره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المص في الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك في اول البحث بقوله
وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك يشير الى ان الثلثين في تلك المسئلة يدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى
ذلك اكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقض من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث
جعلنا الخنثى انثى مازاحمه الا في الثلث بقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو
على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول ابي ح رح وعندهما يحتاط في اخذ
الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ الكفيل ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو ح رح هناك للمجهول وههنا انما يأخذ الكفيل
للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا
لذلك فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخته وان تبين انه انثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع
الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى ان يتبين امره لان المستحق بهذا السدس منهما مجهول فيوقف

الى ان يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود **مسائل شتى** قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل شتوره
او مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان الحق ذكره فيه قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف
انه اقرار يشير الى ان ما يجئ من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل
ان يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان ذلك منه معهودا
في نعم وقوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن
الكلام ولم يقدر عليه قوله حتى لو امتد ذلك سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي ح رح انه قال ان دامت العقلة
الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا
وعليه الفتوى وقوله وفي الآبدة عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقة ند فرماه رجل
وسمى فقتله فقال ع م ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه وقوله
ولا يحد اي الاخرس اذا قذف بالاشارة او الكتابة ولا يحد له اي اذا كان مقذوفا وقوله وهو في حق الاخرس اي العجز
في حق الاخرس اظهر منه في حق الغائب لان الظاهر حال الغائب الحضور والظاهر حال الاخرس عدم زوال خرسه فلما
قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل في حق الاخرس مع الياس عن زوال الخرس اولى
وقوله ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين احتراز عن غير المستبين وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم اي معنون اي
مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان وعلى ما ذكرنا على الاقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكر
وقوله فينوى فيه اي يطلب منه النية فيه وقوله لانه بمنزلة صريح الكتابة اي الكتابة القولية كقوله انت بائن وامثاله
وقوله ولا يختص باللفظ دون لفظ فانه كما يثبت بالعرفي يثبت بغيره وقد ثبت بغير لفظ اي بفعل يدل على القول كالتعاطي
وقوله يحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك اي لا يكون حجة فيكون فيهما اي في الاخرس والغائب لغير الاخرس روايتان
وقوله لانه اي الاشارة على تأويل المذكور وقوله لانه اي محمد جمع ههنا اي في الكتاب بينهما بقوله تكتب كتابا او يومي ايماء

وقوله وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة لان فضل البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه
المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لانه اي الاشارة اقرب
الى النطق من آثار الاقلام لان العلم بالكتابة انما حصل بآثار الاقلام وهو منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة
فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او برأسه والمتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل عنه فكانا ولي الاعتبار
وقوله وكذا الذي صمت يوما او يومين عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقراره بايماء او بحي
برأسه اي نعم او كتبه وقوله واذا كانت الغنم مذبوحة الخ وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان
معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر
فقد جوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز واجيب بان وجه الفرق
هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر
الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كانت ثلثة ارباعه نجسا وربعه
طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جاز صلوته فيه وهو نجس بيقين فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى تم المرام

الحمد لله على الاتمام والتكلان على ولي الانعام انه على ما يشاء قدير وباجابة رجاء الراجين جدير

وقد وقع الفراغ من تسويد شرح الهداية للشيخ كمال الدين

في اواخر ذي الحجة يوم الثلثاء من تاريخ

سنة احدى وستين وتسعمائة

هجرة النبوية التبوية

كتبه العبد الضعيف غضنفر بن عبد القوي



